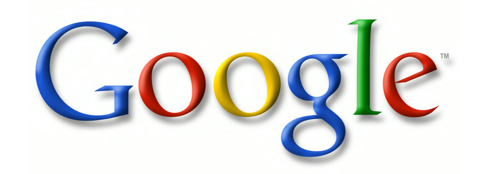
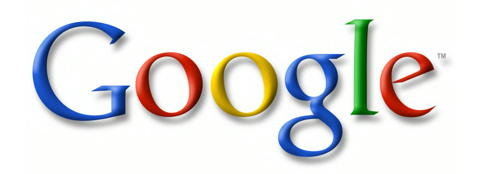
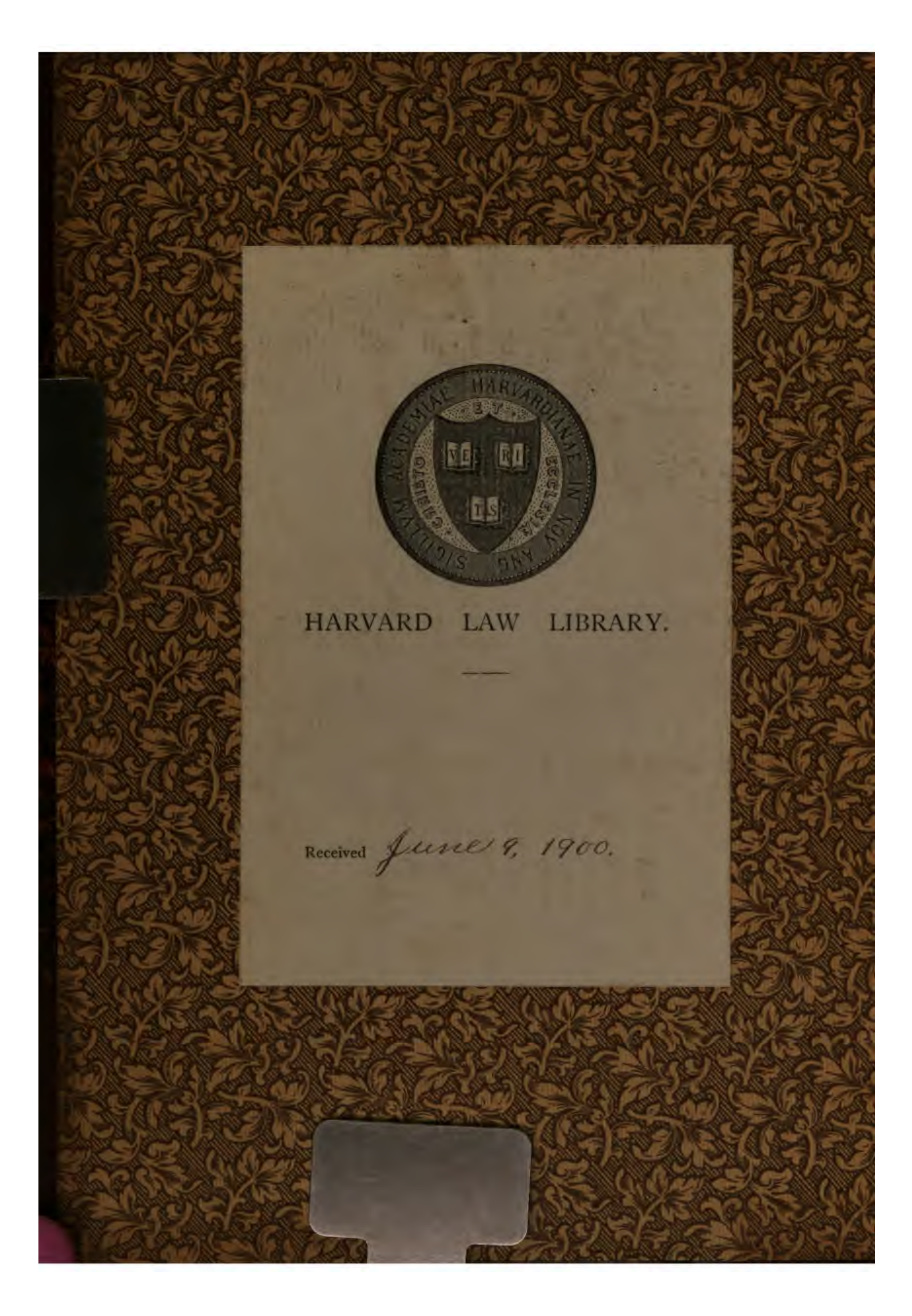
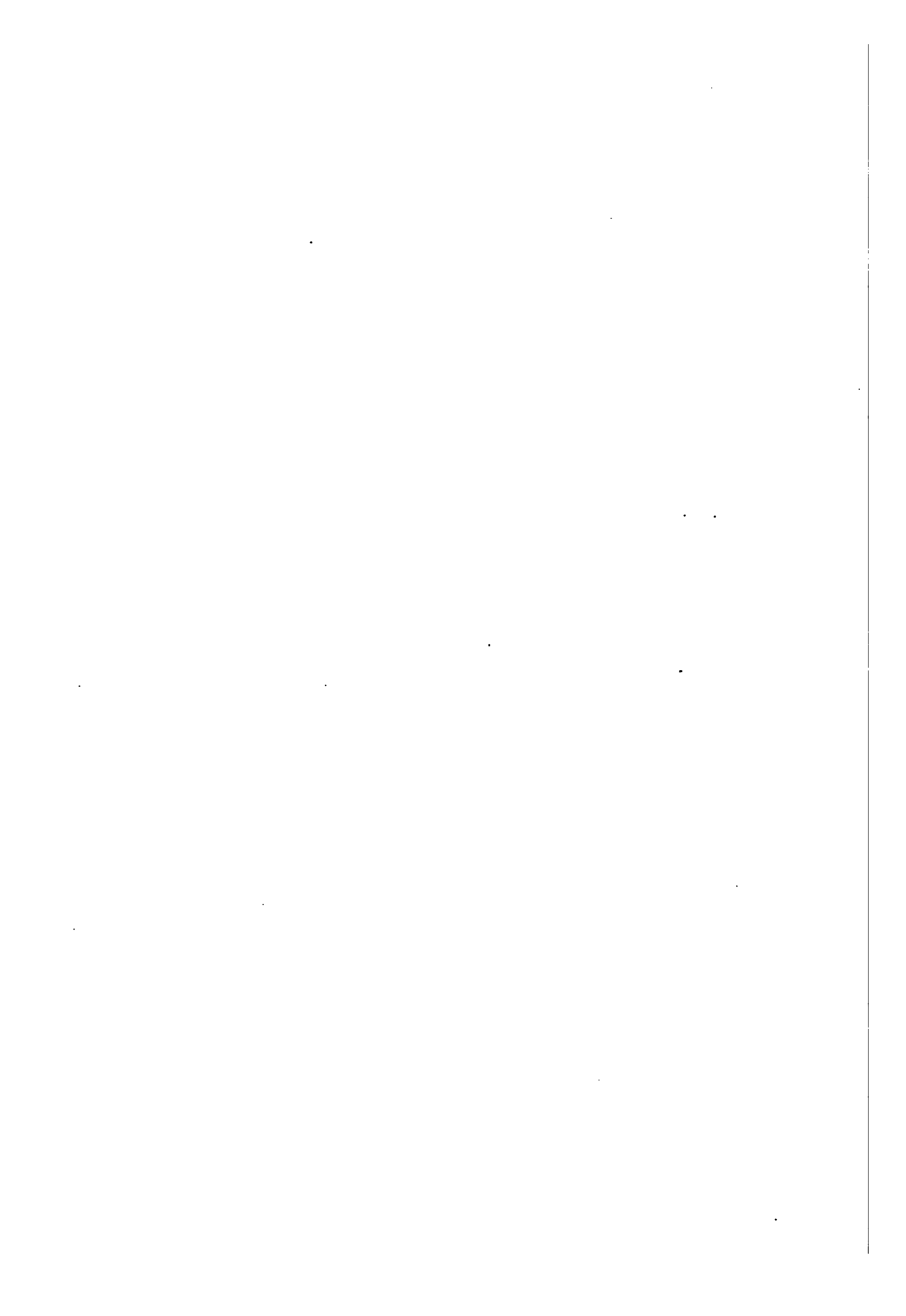





HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 061 300 224


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS





Die Lehre

von den

untheilbaren Obligationen.

Von

Dr. August Ubbelohde,
Privatdocenten zu Göttingen.

Hannover.
Carl Rümpler.
1862.

Rec. June 9, 1900.

Hofbuchdruckerei der Gebr. Jänecke.

Seiner Hochwohlgeboren,

Herrn

Adolph von Warnstedt,

Doctor der Rechte und der Philosophie, General-Secretair des Königlich-Hannoverschen Universitäts-Curatorii und Regierungs-Rath,

ehrerbietigst gewidmet.

Inhaltsverzeichniß.

Seite

Zweites Capitel.

Drittes Capitel.

Zweite Unterabtheilung.

Die Untheilbarkeit bei den freien Obligationen.

Erstes Capitel.

Obligationes arbitrariae.

Seite

Zweites Capitel.
Obligationes bonae fidei.

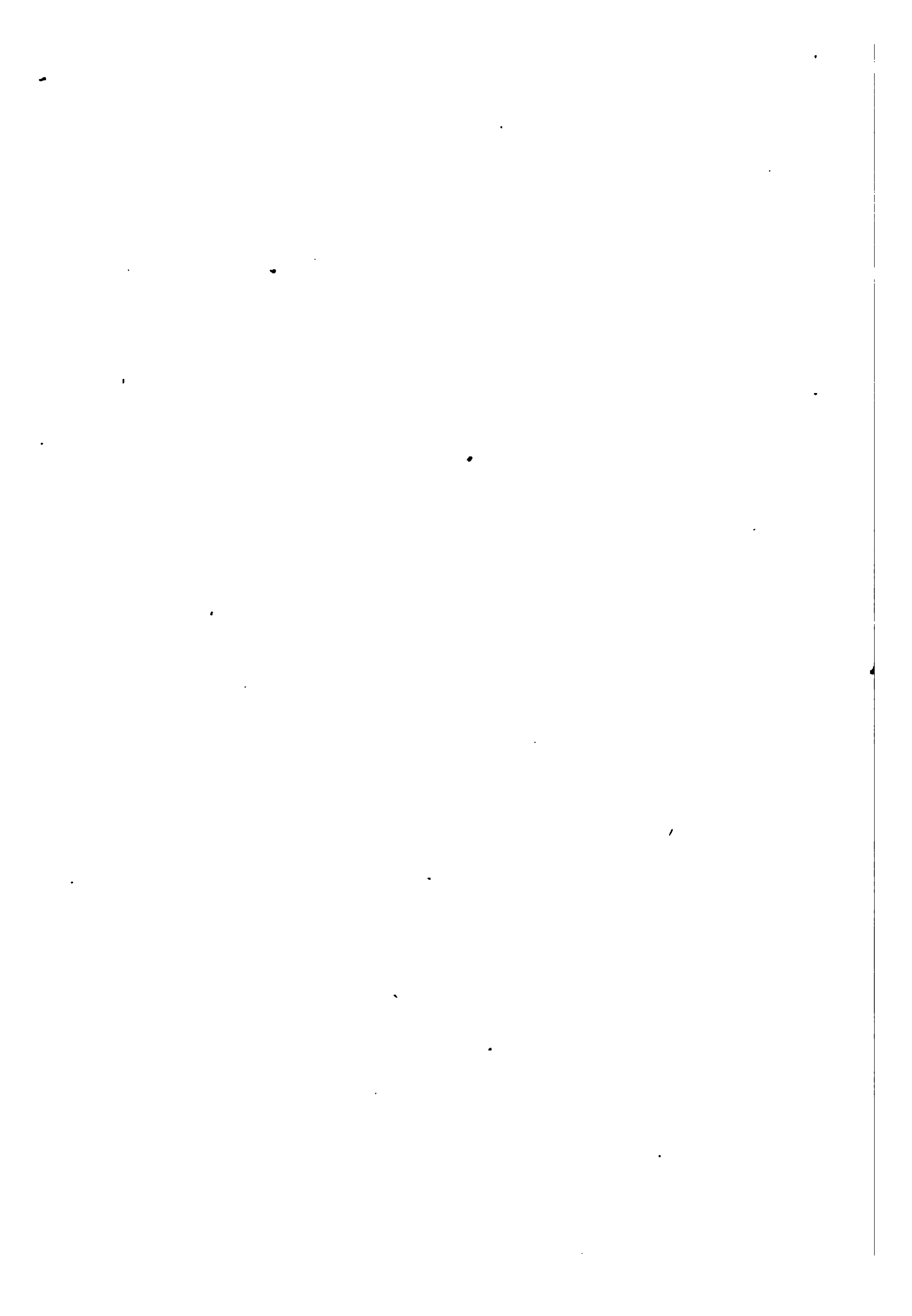
Dritte Unterabtheilung.

Zweites Hauptstück.

Zweiter Hauptabschnitt.

Beilage I.

Beilage II.



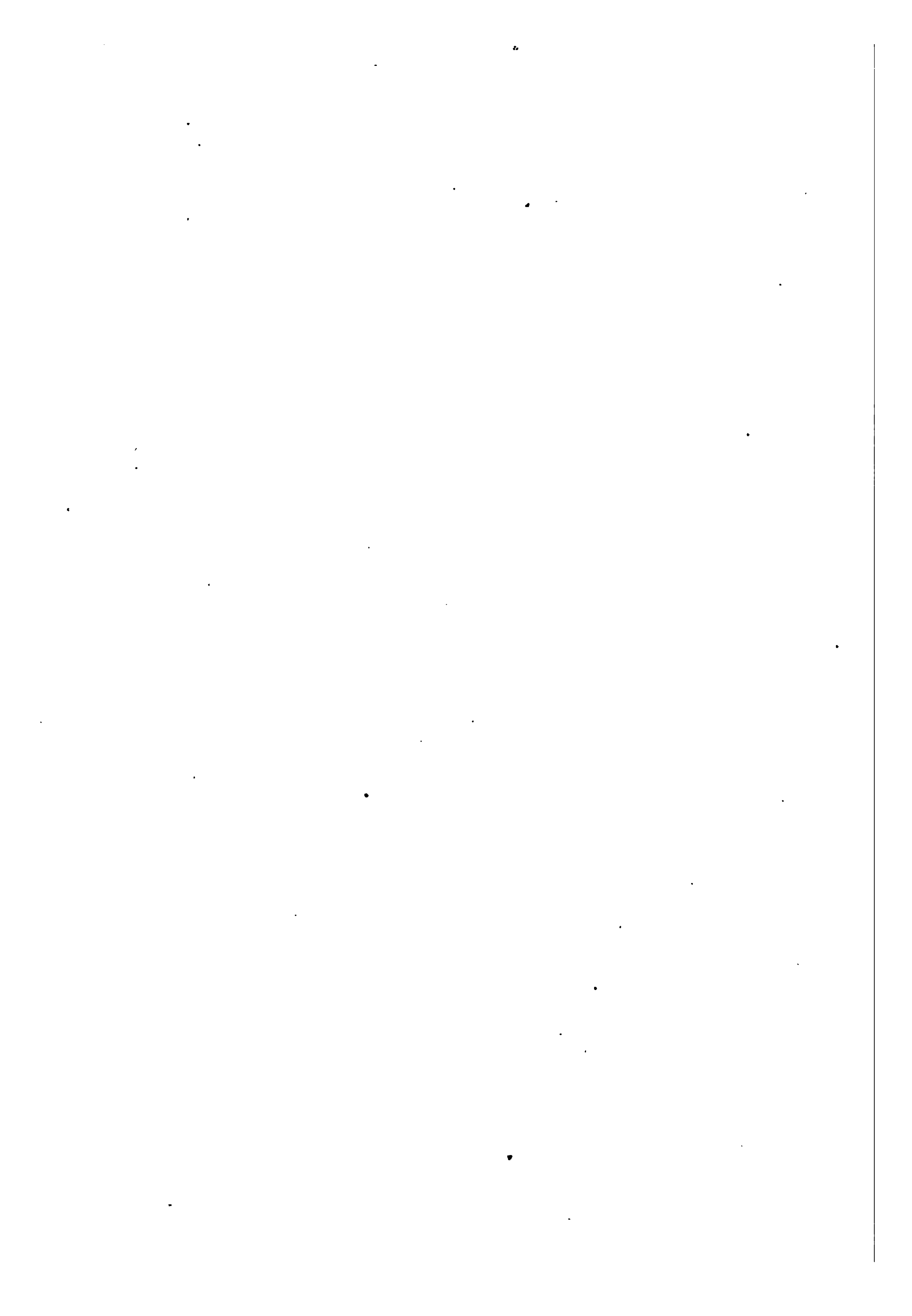
Quellen-Register.

(Ein † bezeichnet, daß die citirte Stelle ganz oder zum Theil abgedruckt ist; ein *, daß in irgend einer Hinsicht etwas zur Interpretation der Stelle beizutragen versucht ist. Eine große Anzahl übrigens der allegirten, insbesondere der abgedruckten Stellen erhalten ihre Interpretation, ohne daß dies ausdrücklich vermerkt würde, durch den Zusammenhang, in welchem sie aufgeführt worden sind.)

I. Vorjustinianeische Quellen.

II. Justinianeische Quellen.

4. Novellen.



Literatur.

Es gehören hierher alle Commentare und Interpretationen der ll. 2. 3. 4. 72. pr. 85. D. de V. O. 45, 1.

Außerdem namentlich:

Eguinarius Baro, De dividuis et individuis obligationibus libri IV. (in dessen Commentariorum ad varios Digestorum Juris Civilis Titulos Tom. III. Lutet. Paris 1562. fol. p. 202–298. — Die davor abgedruckte Dedication an Gulielmus Poietius, Galliarum magnus Cancellarius, ist datirt: Ex celeberrima Biturigum Gallorum academia. Calend. Feb. Anno 1542. — Dies Werk ist auch abgedruckt im Tractatus tractatuum. Tom. VI. P. II. Venet. 1584. fol. 365—388. — Die von de Scheurl ad ll. 2. 3. etc. de verb. obl. p. 54. Note 2. citirte (Original-) Ausgabe: De div. et indiv. obl. Comm. Lugd. 1542. 4⁰. kenne ich nicht.)

Carolus Molinaeus, Extricatio Labyrinthi dividui et individui. (in desselben: Omnia quae exstant Opera. Ed. novissima quinque tom. distributa. Tom. III. Parisiis 1681. fol. p. 89—285. — Die l. c. p. VII. abgedruckte Dedication an die Principes Philippus Landtgravius Hassiae und Wilhelmus, dessen primogenitus etc. ist datirt: Parisiis, Idibus Octobris 1561.)

Hugo Donellus, Commentariorum de jure civili liber XV. Cap. VI. De dividuis et individuis tum rebus tum factis, earumque rerum obligationibus utilis et compendiosa — tractatio. (Lib. XII—XVI. Comment. zuerst Francof. 1595. ed. Sc. Gentilis.)

Scipio Gentilis († 1616 zu Altdorf), Tractatus de dividuis et individuis obligationibus. (in dessen Opera omnia. Tom. I. Neapoli 1763. 4⁰. Tract. III. p. 89–174.)

Franciscus Ramos del Manzano. Recitationes Academicae ad Titulum Dig. de Verborum Obligationibus. Pars prima. Tractat. III. ad Legem 2, 3 et 4. cum suis §§. l. 5. §. ult. l. in stipulationibus 54. usque ad finem. l. stipulationes. 72. l. in executione 85. per totam. l. cum ex caussa 139. cum aliis de Verb. Oblig. — De Dividuis et Individuis Obligationibus curae secundae. in Academia Salmanticensi recitatae. A. 1640. (in: G. Meerman, novus thesaurus Jur. Civ. et Canon. Tom. VII. Hagae-Comit. 1753. fol. p. 157—180.)

Bartholomaeus Chesius († ca. 1670 zu Pisa), Interpretationum Juris libri duo. Lib. I. Cap. L. De dividuis et individuis obligationibus. (in: Jurisprudentia Romana et Attica cum praef. J. G. Heineccii. Tom. II. Lugduni Batav. 1739. fol. col. 267—320.) (Von den Ausgaben: Florent. 1650. Venet. 1653. Liburni 1657. fol. (Ed. secunda, aucta secundo Interprett. Jur. libro, qui nunc primum in lucem editus est.) und Florent. 1659. 4⁰., welche Heineccius c. l. p. XII. Note 7 u. 8. citirt, ist mir nur die von 1657 bekannt.)

Joseph Fernandez de Retes, († 1678), de dividuis et individuis obligationibus Commentarius repetitae praelectionis academicae. (in G. Meerman, thesaur. cit. Tom. VII. p. 600—624.)

Julius Rubo, Versuch einer Erklärung der Fragmente lex II., III., IV., LXXXV. Dig. de verborum obligationibus (45, 1). — **Ueber die Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Obligationen nach den Grundsätzen des römischen Rechts.** — Berlin, 1822. kl. 8⁰.

Georg Julius Ribbentrop, Zur Lehre von den Correal-Obligationen. Göttingen 1831. 8⁰. §§. 19—24. S. 119—241.

Christoph Adolph de Scheurl, Commentatio ad LL. 2, 3, 4, 72 et 85. D. de Verborum Obligationibus inserta de dividuis et individuis obligationibus disquisitione. Erlangae 1835. 8⁰.

Friedrich Carl von Savigny, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts. 1. Band. Berlin 1851. 8⁰. §§. 29—36. S. 303—381.

Alois Brinz, Kritische Blätter civilistischen Inhalts. In zwanglosen Heften. Nro. 4. Erlangen 1853. gr. 8⁰. S. 45—58.

Alfred Brinkmann, Verhältniß der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum zu einander, insbesondere über die Zulässigkeit der einen oder der andern Klage von Seiten der Theilnehmer einer Communion gegen einander. Kiel 1855. 8⁰. —

Endlich sämmtliche systematische Darstellungen des römischen Obligationenrechtes.

Einleitung.

§. 1. Ueber Theilung und Theilbarkeit von Sachen und Rechten überhaupt *).

Die Lehre von den untheilbaren Obligationen darf nach der herrschenden Darstellung derselben gewiß zu den dunkelsten Capiteln des Pandektenrechtes gezählt werden.

Der Grund hiervon liegt hauptsächlich im Wesen dieser Lehre selber. Schon die Feststellung der allgemeinen Begriffe von Theilung und Theilbarkeit erfordert ein nicht gewöhnliches Maß scharfer und fortdauernder Abstraction; und in noch höherem Grade ist eine solche Abstraction nothwendig, um jene Begriffe mit Sicherheit anzuwenden.

Die auf uns gekommenen Aussprüche der römischen Juristen über diese Lehre sind durchaus aus einer derartigen Abstraction entsprungen; die Mehrzahl ihrer Interpreten aber hat es gerade daran vorzüglich fehlen lassen: und so haben vollends die Quellen unseres positiven Rechtes, statt zum Verständnisse zu leiten, hier dem Verständnisse ihres

---

*) Franciscus Hotmannus, Quaestionum illustrium Liber. Quaestio XVIII. Quae res dividuae aut individuae dicantur, et quaenam utrarumque natura sit. (in Opp. Tom. I. s. l. 1599. fol. col. 897—900.)

v. Buchholtz, über die Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Sachen und Rechte. (in dessen: Versuche über einzelne Theile der Theorie des heutigen römischen Rechts. Königsberg 1831. Vierte Abhandlung. S. 47—61.)

Warnkönig, über theilbare und untheilbare, getheilte und ungetheilte Rechte. (in: Abhandlungen civilistischen und criminalistischen Inhalts; auch unter dem Titel: Zeitschrift für Civil- und Criminal-Recht u. s. w. von Roßhirt und Warnkönig. 3. Band. Heidelberg 1838. S. 67—92.)

Wächter, über Theilung und Theilbarkeit der Sachen und Rechte (im Archiv für die Civilistische Praxis herausgegeben von Francke, v. Linde u. s. w. Bd. 27. Heidelberg 1844. Nr. VII. S. 155—197).

Stoffes Schwierigkeiten entgegengewälzt, welche bis jetzt nicht überwunden worden sind.

Unternehmen wir es nun auf diesen Blättern, die Lehre von den untheilbaren Obligationen zum Gegenstande einer umfassenden Erörterung zu machen, so erscheint es daher unumgänglich, zuvörderst jene Grundbegriffe selber einer neuen Prüfung zu unterwerfen.

Und diese Prüfung ist es, was den Inhalt der Einleitung bildet.

Es leuchtet unmittelbar ein, daß körperlich oder reell nur Körper getheilt werden können [1]). — Ob aber eine körperliche Theilung wirklich vollzogen werde, so daß nun jeder einzelne körperliche Theil eine von derjenigen des andern räumlich getrennte und insofern selbständige Existenz hat; oder ob vielmehr diese Theilung nur gedacht werde, indem man eine, sei es wirklich gezogene, sei es ebenfalls nur gedachte, Theilungslinie zwischen die, gedachten, Theile legt: das ist hier einerlei. In beiden Fällen haben wir es zu thun mit der Theilung eines Körpers in mehrere andere Körper, mit demjenigen, was wir unter reeller Theilung, Theilung in partes certas, partes pro diviso verstehen.

Ohne Zweifel läßt sich denken, daß ein positives Recht für gewisse thatsächliche Voraussetzungen eine Theilung körperlicher Sachen mittels einer Theilungslinie vorschriebe, welche nach bestimmten Regeln als gezogen gedacht würde. So könnte z. B. dem ältern von zweien Erben eines Hauseigenthümers diejenige Hälfte des Hauses zu ausschließlichem Rechte zufallen, welche, gegen die Vorderseite des Hauses gesehen, rechts liegt, während der jüngere Erbe ebenso die linke Hälfte erhielte, u. s. w. — Allein es ist auch ohne weiteres klar, daß bei der möglichen Verschiedenheit in der Zahl der Erben und in der Größe ihrer Erbtheile, wie bei der unendlichen Mannigfaltigkeit der einzelnen körperlichen Vermögensgegenstände derartige Rechtsvorschriften, um erschöpfend zu sein, in ein völlig unübersehbares Detail sich einlassen müßten. Die praktische Durchführung aber dieser Vorschriften würde, vor allen Dingen bei beweglichen Sachen, nicht den geringsten Werth haben, vielmehr gradezu schädlich wirken. — In-

---

[1]) Wenig geschickt hierfür ist der Ausdruck: natürliche Theilung. Denn unter einer solchen läßt sich jede Theilung verstehen, welche der Natur des zu theilenden Gegenstandes entspricht, also auch die Quotentheilung eines Rechtes. Vergl. Bartolus ad l. 72. pr. D. de V. O. 45, 1. Nr. 21. — Eguin. Baro Schola ad h. l. (Opp. tom. III. p. 190 zu Note g.) Id. de divid. et indiv. obl. l. c. p. 208 sq.

dessen, wie dem immer sein möchte, genug: unser positives Recht hat, von einigen sehr untergeordneten Fällen abgesehen [1a]), dergleichen Vorschriften über körperliche Theilung nicht. Wir dürfen deshalb die Frage auf sich beruhen lassen: bei welchen (körperlichen) Sachen eine reelle Theilung, die nach den Gesetzen der Mathematik bei allen Körpern gedacht werden kann, auch nach den Gesetzen des Lebens und des Verkehrs vorkomme, und als solche vom Rechte anerkannt werde? — und nicht minder die weitere Frage, welche sich eng daran schliest: wann bei der rechtlichen Statthaftigkeit einer derartigen Theilung die einzelnen Theile gegenüber dem Ganzen ihre Bedeutung nur im Verhältnisse der Quantität verringern? Denn die eine wie die andere Frage findet ihre Antwort nicht in Rechtssätzen, sondern in rein thatsächlichen Verhältnissen [1b]).

Eine körperliche Theilung setzt also nach unserm Rechte regelmäßig eine theilende Person und eine Theilungshandlung voraus. Daneben aber giebt es eine andere Art der Theilung, welche zwar auch durch den Willen einer Person mittels eines besondern Theilungsactes herbeigeführt werden kann, ebensowohl jedoch in Folge unmittelbar wirkender Rechtsvorschriften einzutreten vermag. Es wird einer Auseinandersetzung nicht bedürfen, daß diese Theilung bei körperlichen Sachen als solchen nicht vorkommen kann [2]); sie ist nur statthaft bei

---

[1a]) Hierher gehören namentlich

a. der Fall der insula in flumine nata, welche nach reellen Theilen ins Eigenthum der Flußanlieger kömmt, — l. 7. §§. 3. 4. l. 29. l. 30 pr. l. 56. l. 65. §§. 2. 3. D. de acq. rer. dom. 41, 1. u. s. w.

b. der Fall des alveus derelictus, — l. 7. §. 5. eod. u. s. w.

c. der Fall der arbor in confinio nata u. s. w., — l. 7 §. 13. l. 8. pr. D. de acq. rer. dom. 41, 1. l. 9 pr. D. comm. div. 10, 3. l. 83. D. pro soc. 17, 2.

d. der Fall der ll. 36. 37. D. de S. Pr. U. 8, 2.

[1b]) Vgl. übrigens etwa l. 15 §§. 12—14, l. 38 §. 1. D. de damn. inf. 39, 2. l. 57 pr. D. de C. E. 18, 1. l. 4 §. 3. D. fin. reg. 10, 1. — auch l. 26 §. 2 D. de legat. I. cf. l. 27 eod.

[2]) Wächter, a. a. O. S. 181 sub II. nennt die s. g. ideelle oder Theilung nach Quoten eine juristische oder intellectuelle Theilung der Sache selbst, insofern in der Idee, „jeder physische Punct des ganzen Gegenstandes als getheilt gelte." Setzt man aber statt des Ausdruckes: „jeder physische Punct" denjenigen Ausdruck, welcher der wirklich zutreffende ist, nämlich: „jedes Atom" —; so ergiebt sich schon aus den Worten: „daß jedes Atom als getheilt gelte" —, wie die Idee der Theilung, auf die Sache selbst bezogen, einen Widerspruch in sich enthalte. Wenn Wächter dafür, daß eine ideelle Theilung nicht blos auf

rechtlichen Verhältnissen. Herkömmlich ist es gleichwohl, daß man redet von einem ideellen Theile des Eigenthums an einer Sache, statt von einem ideellen Theile einer pars pro indiviso der Sache selbst [2a]); — und auch wir werden gelegentlich uns diesen Gebrauch aneignen.

Denkbar wäre es nun, daß positive Rechtsvorschriften das fragliche Recht nach bestimmten Verhältnissen in die einzelnen Befugnisse zerlegten, welche es in sich schliest, so daß z. B. dem ältern von zweien Erben eines Gutseigenthümers die nuda proprietas, dem jüngern der lebenslängliche Nießbrauch an dem Gute zufiele, u. s. w. Allein unser Recht läst von einigen, im ganzen sehr unbedeutenden, Ausnahmen abgesehen [3]), eine derartige Theilung der Rechte nicht von selbst eintreten. In der That würden auch die detaillirtesten Bestimmungen hierüber für die große Zahl der möglichen Combinationen doch unzulänglich sein.

Bei derjenigen Theilung der Rechte, welcher unser positives Recht unter gewissen thatsächlichen Verhältnissen mit unmittelbarer Wirkung vorzugsweise stattgiebt, sind die einzelnen Theile nach ihrer Qualität völlig gleich und nur nach ihrem Quantum bestimmt. Es ist dies mit andern Worten die Theilung nach Quoten.

Und eben diese Theilung eines Rechtes nach Quoten ist es, welche wir herkömmlich unter dem Ausdrucke: ideelle, intellectuelle, juristische Theilung, Theilung in partes pro indiviso begreifen, — Ausdrücke, welche sämmtlich an sich ebenso gut sowohl auf die blos gedachte Zerlegung eines Körpers in mehrere andere Körper [4]), als auch auf die Zerlegung eines Rechtes in die einzelnen, in demselben umschlossenen, Befugnisse angewandt werden könnten.

Ideell theilbar in diesem unserm Sinne ist ein jedes Recht, das

---

das Recht an der Sache bezogen werden könne, sondern auch als rein factisches Verhältniß möglich sei, — sich beruft auf die ideelle Theilbarkeit des Besitzes einer Sache, so wird dieses Argument seine Widerlegung finden in dem Nachweise, daß nur der juristische, nicht der blos natürliche Besitz ideell theilbar ist. S. §. 2 zu Anfang.

[2a]) Vgl. auch pars corporis für Eigenthumsquote. l. 54. pr. D. de V. O. 45, 1. l. 94 §. 1. D. de solutt. 46, 3. u. s. w.

[3]) Solche bilden namentlich die Fälle des usufructus legalis.

[4]) Vgl. z. B.: E. Pagenstecher, die römische Lehre vom Eigenthum in ihrer modernen Anwendbarkeit. Heidelb. 1. Abth. 1857. S. 33 §. 6. „Immobilien sind physisch untheilbar. Die Errichtung der Zwischenmauer u. dgl. theilt den Körper des Grundstücks durchaus nicht. Grundstücke giebt es nur ideeller Weise.“

eine nach Quoten bemessene Theilnahme mehrerer Berechtigten zuläßt; ein jedes andere Recht ist in unserm Sinne untheilbar.

Wie Berechtigungen, so können auch rechtliche Verpflichtungen als Gegenstand ideeller Theilung gedacht werden. Während aber für sämmtliche Vermögensrechte die Theilbarkeit zu untersuchen bleibt, ergiebt es sich von vornherein, daß die gleiche Untersuchung für die vermögensrechtlichen Verpflichtungen auf einen sehr viel engern Kreis beschränkt werden kann. Es erhellt nämlich unmittelbar, daß die Verpflichtung jedermanns, welche den absolut wirkenden, d. h. allen nicht blos obligatorischen, Vermögensrechten gegenübersteht, eben für jedermann eine ungetheilte und untheilbare ist. Ihr Inhalt geht nur auf Unterlassung einer positiven Verletzung des fraglichen Rechtes. Dieses Recht selbst kann allerdings eine Theilberechtigung sein. Dadurch aber wird die ihm gegenüberstehende Verpflichtung nicht getheilt: denn eine solche Theilung ist nach dem Inhalte jener Verpflichtung unmöglich. Der Gedanke einer quotenweisen Concurrenz mehrerer Verpflichteten kann nur da vorkommen, wo die gemeinsame Verpflichtung einen positiven Inhalt hat, wie dies bei obligatorischen Verpflichtungen der Fall ist. Es ist mithin nur für die Obligationen, neben der Frage nach der Theilbarkeit aufseiten der Berechtigung, die Untersuchung auf die Theilbarkeit aufseiten der Verpflichtung zu stellen.

Völlig ausgeschlossen von unserer Untersuchung sind, um dies auch noch zu erwähnen, alle familienrechtlichen Verhältnisse, sowohl nachseiten des Rechtes als nachseiten der Pflicht. Es liegt ja auf der Hand, wie beides, Recht und Pflicht, hier etwas von der Concurrenz anderer durchaus Unabhängiges [5]), sich stets Gleichbleibendes, Ungetheiltes und Untheilbares sein muß.

Nach diesen allgemeinen Bemerkungen werden wir die Theilbarkeit der einzelnen Vermögensrechte erörtern, indem wir

1) die dinglichen Nutzungsrechte (§. 2.),
2) das Pfandrecht (§. 3.), und
3) die Obligationen (§. 4.)

bei der Betrachtung sondern.

---

5) S. v. Savigny, Obligationenrecht. Bd. 1. §. 30. S. 310.

§. 2. Von theilbaren und untheilbaren Rechten insbesondere *).

A. Von den dinglichen Nutzungsrechten.

1. Eine jede Verfügung über den Körper, die Substanz einer Sache an sich schliest mit unmittelbarer Nothwendigkeit die quotenweise Concurrenz mehrerer Personen aus, — mag übrigens diese Verfügung in einem positiven Einwirken auf die Sache bestehen, oder aber in der Verhinderung eines solchen Einwirkens abseiten dritter Personen [1]).

Das blos thatsächliche, physische [2]) Verhältniß einer Person zu einer Sache, vermöge dessen jene Person über diese Sache beliebig zu verfügen im Stande ist, nennen wir, im Gegensatze zum juristischen Besitze, den natürlichen Besitz. Ist nun die einzelne Verfügung selbst etwas quotenweis Untheilbares, so muß auch die allgemeine thatsächliche Möglichkeit dieser Verfügung, d. h. eben der blos natürliche Besitz, etwas quotenweis Untheilbares sein. Und dies bezeugen unsere Quellen ganz ausdrücklich [3]).

l. 3. §. 5. D. de acq. vel amitt. poss. 41, 2. (Paull. lib. 54. ad edict.)

> Contra naturam est, ut, quum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. — non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sideo, tu sedere videaris.

l. 5. §. 11. D. ut in poss. legat. 36, 4. (Ulpian. lib. 52. ad edict.)

> Si ex duobus heredibus alter satisdare sit paratus, alter non: in partem ejus missio locum utique habere debet. Missi itaque legatarii impedient etiam eum, qui satisdet, rei administratione: quare suadendum

---

*) S. Ch. A. de Scheurl, l. c. Pars II. Cap. III. Divisio juris. p. 57—69.

1) S. Alfr. Brinkmann, a. a. O. S. 71 ff., 78 ff., 97 ff.

2) oder wenigstens blos als solches betrachtete.

3) S. unten §. 7 Note 12. A. M. v. Savigny, Obl.-R. Bd. 1. S. 317 vgl. auch S. 337, der den natürlichen Besitz hinsichtlich der Theilbarkeit dem juristischen Besitze völlig gleichstellt. — Vgl. auch de Scheurl, l. c. p. 57 und namentlich p. 81 oben. — S. Ribbentrop, a. a. O. S. 128 ff.

erit heredi, ut in assem satisdet, ne administratio ejus impediatur [4]).

Was aber in dieser Beziehung von dem blos Thatsächlichen der Verfügung gilt, das muß auch gelten von einem jeden Rechte zu einer derartigen Verfügung.

Ergreift also ein Recht zur körperlichen Einwirkung auf eine Sache diese Sache in ihrer Totalität und dauernd: so ist durch das Dasein eines Berechtigten nothwendig eine jede Theilnahme eines andern an diesem Rechte ausgeschlossen, — in ganz derselben Weise, wie, nach den angeführten Stellen, auch durch die blos thatsächliche Verfügungsgewalt einer Person über die Totalität einer Sache während der Dauer jener Gewalt die Einwirkung aller andern Personen auf diese Sache ausgeschlossen wird.

Ist aber ein Recht zur körperlichen Einwirkung nicht auf die Sache in ihrer Totalität gerichtet, oder ergreift die Verfügungsgewalt, welche in Gemäßheit jenes Rechtes dem Berechtigten an der Sache zusteht, diese Sache nicht ununterbrochen: so bleibt zwar immer die quotenweise Concurrenz eines andern Berechtigten oder mehrerer andern Berechtigten ausgeschlossen; es ist dagegen die Concurrenz eines andern Berechtigten oder mehrerer andern Berechtigten überhaupt möglich. Diesem andern oder diesen anderen kann aber ein Recht zustehen entweder auf eine von der Verfügungsgewalt des ersten Berechtigten verschiedenartige Verfügungsgewalt, oder auf eine derselben gleichartige Verfügungsgewalt. Im letztern Falle übt jeder der mehreren Berechtigten die fragliche Befugniß in solidum aus.

l. 5. §. 15. D. commodati 13, 6. (Ulpian. lib. 28 ad edict.)

> Usum autem balnei quidem vel porticus vel campi uniuscujusque in solidum esse; neque enim minus me uti, quod et alius uteretur.

So kann es vorkommen beim usus und bei den servitutes praediorum [5]).

Es scheint hier demnach eine Mehrheit von jenen Rechten an derselben Sache vorhanden zu sein.

Und so ist es in der That bei der Personalservitut des Usus,

---

[4]) S. auch l. 5 cit. pr. §. 22. vgl. §. 2. D. 36, 4. l. 18. §. 6. l. 25 §. 15. D. fam. ercisc. 10, 2.

[5]) S. auch l. 14 §. 2. D. de usu et habit. 7, 8. — l. 4 §§. 3, 4. l. 6 §. 4. D. si servit. 8, 5. l. 17. D. de servitt. 8, 1 u. s. w.

die jedem der mehreren Berechtigten in rechtlicher Unabhängigkeit vom andern und durchaus vollständig zusteht. Ein jeder von ihnen wird freilich gezwungen, bei der Ausübung seines Rechtes eine gewisse Rücksicht auf das gleiche Recht des andern zu nehmen; und diese Rücksicht schmälert vielleicht sogar den Inhalt ein wenig, welcher ohne jene Concurrenz dem Rechte des einzelnen thatsächlich zukommen würde [6]). Allein das ist eben nichts Anderes, als eine solche Beschränkung, wie sie die Nothwendigkeit des menschlichen Wechselverkehrs in allen Verhältnissen mit sich bringt, welche jedoch Kern und Wesen des Rechtes an sich nicht berührt.

Etwas anders stellt sich dagegen das Verhältniß der Berechtigungen mehrerer Miteigenthümer des praedium dominans in Beziehung auf eine Prädialservitut dar. Hier nämlich gelten die Eigenthümer nur als Repräsentanten des praedium, so daß, obwohl ein jeder von ihnen die fragliche Servitut in solidum ausübt, dennoch nicht von einer Mehrheit von Gerechtigkeiten, sondern immer nur von einer einzigen Servitut die Rede ist. Die praktische Bedeutung dieser Auffassung zeigt sich vorzüglich beim Erwerbe und Verluste der Servituten [7]). Auf die erstere Beziehung werden wir später wieder zurückkommen müssen [8]). — Ein anderer Punct mag dagegen hier herausgehoben werden. Bei weitem nicht in allen Fällen nämlich ist der einzelne Miteigenthümer bei der Ausübung der dem fundus communis zuständigen Gerechtsame unabhängig von der Zustimmung der übrigen Miteigenthümer. Vielmehr ist er an diese Zustimmung gebunden, wenn im einzelnen Verhältnisse durch die willkürliche Ausübung von seiner Seite dem Rechte der übrigen vorgegriffen werden würde. Dies ist aber überall anzunehmen, wo die Ausübung der Servitut zugleich eine Verfügung über den Körper des praedium dominans voraussetzt, wie etwa bei der servitus tigni immittendi, der servitus projiciendi u. s. w. Nicht minder da, wo die Ausübung der Servitut nicht in beliebiger Wiederholung vorgenommen

---

6) Vgl. etwa l. 19 §. 4. D. comm. div. 10, 3. l. 4. D. de aqua quott. 43, 20. — S. auch l. 10 §. 1. D. comm. div. 10, 3. wo ein thatsächliches Verhältniß vorausgesetzt zu sein scheint (propter necessitatem), bei dem eine divisio mensura, temporibus etc. unstatthaft ist. — Ribbentrop, a. a. O., S. 123 Note 3.

7) S. darüber Heinzelmann, die Untheilbarkeit der Servituten. Druck der C. H. Beck'schen Officin in Nördlingen (ohne Jahresangabe). §. 6 ff. S. 11 ff.

8) S. unten §. 8 und §. 30.

werden kann, sei es, weil sie dauernde Einrichtungen auf dem praedium serviens erheischt, wie z. B. bei der servitus aquaeductus; sei es, weil sie den Nutzen, der durch die Servitut gewährt werden soll, wenn schon nur zeitweilig, absorbirt, wie bei der Weidegerechtigkeit. In allen diesen Fällen würde also eine Zustimmung sämmtlicher Miteigenthümer des herrschenden Grundstücks erforderlich sein[8]), und daher von einer Concurrenz mehrerer Berechtigten in unserm Sinne nicht geredet werden können. Eine derartige Concurrenz würde dagegen eintreten bei der Ausübung z. B. bei der servitus itineris, sowie sämmtlicher servitutes in non faciendo.

2. Im Gegensatze zu der Befugniß, über den Körper, die Substanz einer Sache zu verfügen, wird in unsern Quellen das Recht, die natürlichen oder bürgerlichen Früchte einer Sache zu beziehen, als quotenweis theilbar hingestellt.

l. 19. D. de usu et habitatione. 7, 8. (Paullus lib. 3. ad Vitellium.)

> — frui quidem pro parte possumus; uti pro parte non possumus.

Diese Thatsache hat man wohl herausgehoben[9]); worin ihr Grund liege, scheint kaum ernstlich untersucht worden zu sein.

In der Statthaftigkeit einer Theilungsklage kann dieser Grund nicht beruhen. Wir wollen zwar kein zu großes Gewicht auf den Umstand legen, daß eine solche Klage wenigstens utiliter auch zum Zwecke der Auseinandersetzung mehrerer blos zum uti Berechtigten

---

8) Diese aber würde hier erzwungen werden können entweder mittels der Drohung mit der actio communi dividundo wegen des ganzen fundus. So im ersten Falle. s. l. 6 §. 2. D. comm. div. 10, 3. Oder aber mittels der actio negotiorum gestorum contraria. So in den andern Fällen. Vgl. l. 31 §. 7 D. de neg. gest. 3, 5. l. 19 §. 2. D. comm. div. 10, 3. und dazu Alfr. Brinkmann, a. a. O. S. 119—122, wo aber jene Kategorieen nicht unterschieden sind.

9) Am besten, so viel uns bekannt, Donell. l. c. Nr. IV. — S. auch Heinzelmann, a. a. O. §. 2 S. 5 f. §. 5. S. 9. Puchta, Instit. Bd. 2. §. 252. A. Brinz, notamina ad usumfructum. Monachi 1849. sub III. p. 10 f. Vgl. auch R. Elvers, die römische Servitutenlehre. Marburg 1856. §. 55 S. 542 ff., dem es vielmehr um den Nachweis zu thun ist, daß trotz der Theilung eines Rechtes dasselbe noch ausgeübt werden könne, als um denjenigen, welche Bedeutung die Theilung und die Theilberechtigung selber habe. — Von den älteren Schriftstellern s. etwa noch E. Baro, ad tit. de V. O. l. 2. (Opp. Tom. III. p. 154 sq.) Chesius, l. c. col. 270 Nr. 15 Col. 271. Nr. 20.

vorkömmt [10]). Allein es ist undenkbar, daß von einer quotenweisen Theilnahme mehrerer an einem Rechte als von einem dauernden Verhältnisse lediglich deshalb geredet werde, weil ein Mittel vorhanden ist, diese mehreren nach Maßgabe ihrer Quotenberechtigung für immer so auseinderzusetzen, daß eine Theilung des Rechtes eben nicht mehr statthat.

Ebenso wenig darf die Theilbarkeit eines dinglichen Nutzungsrechtes darin gesucht werden, daß dem einzelnen Quotenberechtigten die Möglichkeit zusteht, über seine Quotenberechtigung als solche mittels einer Veräußerung derselben zu verfügen. Denn die Theilbarkeit eines solchen Rechtes, das seiner Natur nach eine dauernde Ausübung gewährt, muß in der Art und Weise dieser Ausübung begründet sein.

Keinesfalls endlich liegt der Grund für die Theilbarkeit eines dinglichen Rechtes zum frui darin, daß ja an den Früchten das Eigenthum, also ein theilbares Recht, erworben werde. Umgekehrt beruht vielmehr die Theilbarkeit des Eigenthums darauf, daß sein Inhalt die Fruchtziehung gewährt.

Die Früchte nämlich, und zwar sowohl die civiles als die naturales, sind regelmäßig Fungibilien, also Sachen, die nach Summen ihre Bedeutung bekommen. Es findet daher ein, der bestimmten Quote des Rechtes zum frui entsprechender, Theil von der ganzen Summe der gewonnenen Früchte seine Repräsentation in einer gewissen Menge einzelner ganzer Früchte. Und da bei einer solchen Theilung der Früchte nach Summen nichts an dem Verhältnisse der Quotenberechtigten, als der fortwirkenden Ursache des gemeinsamen frui, geändert zu werden braucht: so ist das Recht zum frui ein quotenweis theilbares Recht.

Hiebei bleibt jedoch noch das Eine zu bemerken, daß zum Zwecke der Fruchtgewinnung stets eine Verfügung über die Substanz der fruchttragenden Sache selbst nothwendig ist, daß insofern also auch das Recht zum frui untheilbar erscheint und daher, wie wir alsbald sehen werden, nur in Uebereinstimmung aller zum frui quotenweis Berechtigten ausgeübt werden darf [11]).

* * *

Wenden wir nunmehr diese Sätze auf die einzelnen dinglichen Rechte an.

---

10) S. l. 10 §. 1. D. comm. div. 10, 3. l. 19 §. 4 eod.

11) l. 13 §. 3. l. 42 pr. D. de usufr. 7, 1. vgl. l. 25 §. 16. D. fam. ercisc. 10, 2. l. 6 §. 2. D. comm. div. 10, 3.

Zunächst ist es klar, daß die Personalservitut des Usus, soweit sie den regelmäßigen Inhalt der substantiellen Benutzung der dienenden Sache nicht überschreitet, **untheilbar** ist [12]).

Das Gleiche gilt von denjenigen servitutes praediorum, die dem Berechtigten nichts weiter gewähren, als eine Einwirkung auf die Substanz des dienenden Grundstücks, wie z. B. die servitutes itineris, luminum, altius non tollendi u. s. w.

l. 17. D. de servitutibus. 8, 1. (**Pomponius**. lib. singul. regularum.)

— usus eorum indivisus est.

l. 1. §. 9. D. ad legem Falcidiam. 35, 2. (**Paull.** lib. singul. ad leg. Falcid.)

— ceterae servitutes [opp. usufructu] individuae sunt.

Fragmentum **Pomponii.**

Et servitutes dividi non possunt; nam earum usus ita connexus est, ut qui eum partiatur naturam ejus corrumpat.

Zweifelhafter könnte die Untheilbarkeit schon erscheinen bei denjenigen Prädialservituten, welche, wie etwa die servitus cretae eximendae, arenae fodiendae, silvae caeduae, das Recht auf den Eigenthumserwerb gewisser (fungibeler) Erzeugnisse des dienenden Grundstückes geben. Allein, soweit jene Producte in den Körper des herrschenden Grundstückes verwandt werden müssen, wie Sand, Kalk, Bauholz, — oder soweit sie sonst lediglich zur unmittelbaren Benutzung desselben zu dienen bestimmt sind, wie Brennholz für den Haushaltsbedarf: soweit vermag der einzelne von mehreren betheiligten Miteigenthümern, eben weil es sich dabei um eine Verfügung über dieses herrschende Grundstück selber handelt, dasselbe nur in solidum zu vertreten [13]). — Hierher gehört auch eine Weidegerechtigkeit auf eine bestimmte Stückzahl Vieh, selbst wenn jene Zahl das landwirthschaftliche Bedürfniß des berechtigten Grundstückes weit übersteigen sollte, — dafern nur alles aufzutreibende Vieh auf diesem Grundstücke selbst gehalten und von demselben aufgetrieben werden muß.

Eine Prädialservitut dagegen auf das Graben von Thon zur

---

[12]) l. 19 cit. D. de usu et hab. 7, 8. — **Donell.** l. c. Nr. V.

[13]) Ein eigenthümlicher Grund für die Untheilbarkeit der servitutes praediorum wird wohl darin gesucht, daß dieselben qualitates praedii dominantis seien. Doch wird darauf eben kein großes praktisches Gewicht gelegt. S. **Retes** l. c. Cap. II. §§. 1. 2. (**Meerman**, Thes. VII. p. 614.)

Anfertigung von Gefäßen, in denen die auf dem herrschenden Grundstücke erzielten Producte des Feld-, Garten- und Weinbaues exportirt werden sollen [14]), — scheint aufseiten der Berechtigung durchaus theilbar zu sein. Denn ein jeder der Miteigenthümer des herrschenden Grundstückes kann ja sehr wohl gerade nur für die Menge von Früchten, welche ihm in Gemäßheit seiner Eigenthumsquote zufällt, also genau pro rata, eine solche Grundgerechtigkeit geltend machen. Daß die römischen Quellen diesen Fall als Ausnahme von der Untheilbarkeit der Prädialservituten nicht besonders aufführen, darf um so weniger befremden, als sie auch die, wie wir sogleich sehen werden, gar nicht so seltenen Fälle der Untheilbarkeit des Nießbrauchs nicht als Ausnahmen von der bei dem genannten Rechte regelmäßig statthabenden Theilbarkeit aufführen.

Schwerlich endlich wird die Theilbarkeit aufseiten der Berechtigung geleugnet werden können für solche Realgerechtigkeiten, welche den Anspruch auf einen bestimmten Bezug von Erzeugnissen des verpflichteten Grundstückes gewähren, ohne daß es irgend darauf ankäme, ob das bezogene Quantum in und für das herrschende Grundstück verwandt werde [15]). Dem römischen Rechte, welches den Inhalt der Prädialservituten streng auf das Maß des Bedürfnisses für das praedium dominans beschränkt [16]), sind derartige Gerechtigkeiten überhaupt fremd. Das heutige Recht kennt dergleichen Berechtigungen, wie z. B. den an ein bestimmtes Grundstück geknüpften Anspruch auf eine schlechthin gewisse Klafterzahl Brennholzes: einen Anspruch, den man kaum anders als eine Prädialservitut behandeln kann. Sollte eine Realweidegerechtigkeit für eine bestimmte Stückzahl Vieh vorkommen, welches gleichwohl nicht vom berechtigten Grundstücke gehalten und aufgetrieben zu werden brauchte, so würde auch diese hierher zu rechnen sein. Denn, da das Gras oder die Stoppeln, welche das

---

14) l. 6 pr. D. de S. Pr. R. 8, 3.

15) Diese Meinung finde ich auch bei Molinaeus, l. c. Pars III. Nr. 296—298 p. 145, der als Beispiel die servitus arenae fodiendae nimmt. Er zieht irrig aber auch den Fall hierher, da das Recht nicht auf ein fixirtes Quantum Sandes geht, sondern auf den Bedarf des Grundstückes, und mischt überhaupt allerlei Irrthümer ein. S. z. B. das. Nris 300 sqq. So erklärt er die servitus pascendi schlechthin für theilbar, weil die aufzutreibende Heerde theilbar sei, u. s. w. Das. Nris 356—358. Sein Princip spricht er aus Nr. 360. „— pro dividuis haberi [servitutes sc. praediorum], quando et quatenus ordinantur ad finem et effectum dividuum."

16) l. 5 §. 1. D. de S. P. R. 8, 3.

Vieh abweidet, Fungibilien sind, so kann eine Quotentheilung des Bezugsrechtes hierauf recht wohl nach der Stückzahl des aufgetriebenen Viehes stattfinden, sofern man nämlich das concrete Weidebedürfniß eines Stückes der bestimmten Viehgattung als die Maßeinheit betrachtet, nach welcher das Weidematerial den einzelnen Berechtigten zugetheilt wird.

Als unbedingt theilbar müssen gelten das Eigenthum und ebenso der juristische Besitz. Denn der letztere gewährt wenigstens vorläufig die Gesammtausübung des Eigenthums, also auch das Recht auf die Fruchtziehung. Nicht minder gehören hierher das dingliche Recht des Vasallen am Lehengute, des Bauern am Bauerhofe, — natürlich soweit nicht für jedes dieser Verhältnisse durch Familienstiftung, Fideicommiß, Belehnungs- oder Bemeierungs-Vertrag, Herkommen oder Gesetz und dergleichen auch die ideelle Untheilbarkeit positiv vorgeschrieben ist. Endlich die Emphyteusis [17]), die Superficies [18]), der Ususfructus [19]), — sofern nämlich alle genannten Rechte auf den Bezug fungibeler Früchte gerichtet sind. — Und wie die Rechte selbst muß auch die juris quasi possessio derselben quotenweis theilbar sein, während diese bei untheilbaren Rechten gleichfalls untheilbar erscheint. — Uebrigens mag noch bemerkt werden, daß die quotenweise Concurrenz im frui für alle genannten jura in re aliena in einer zweifachen Weise vorkommen kann: nämlich entweder als Concurrenz mit einem völlig gleichartigen Rechte, oder als Concurrenz mit einem im übrigen ungleichartigen, im frui aber gleichartigen Rechte. Es kann z. B. der Ususfructus an einem Gute zwischen zwei Usufructuaren, aber ebenso gut auch zwischen einem Usufructuare und dem Eigenthümer desselben getheilt sein [20]): für beide Fälle gelten indessen, soweit es uns hier angeht, dieselben Grundsätze.

Sofern jedoch diese theilbaren Rechte weder überhaupt noch auch selbst behufs der Fruchtgewinnung anders ausgeübt werden können, als mittels einer Verfügung über den Körper der ihnen unterworfenen Sache, sofern ist eine selbständige Concurrenz der einzelnen Theilberechtigten in der Ausübung ihrer Theilberechtigungen undenkbar. Es bleibt nichts übrig, als daß sie sich entweder gütlich über eine

---

[17]) l. 7 pr. D. comm. div. 10, 3. l. 10. D. fam. ercisc. 10, 2.

[18]) l. 1 §. 8. D. de superf. 43, 18.

[19]) S. z. B. l. 25. D. quib. mod. ususfr. amitt. 7, 4.

[20]) Z. B. l. 5. l. 49. l. 50. D. de usufr. 7, 1 u. s. w. tit. D. de usufr. accusc. 7, 2. passim. l. 30. D. de usu et usufr. leg. 33, 2.

bestimmte Weise der Ausübung einigen, oder aber, wo das nicht angeht, sich völlig auseinandersetzen. Der damit für die Dauer der Theilberechtigungen gegebene Begriff der Rechtsgemeinschaft, communio juris, entspringt also, obschon er im eigentlichen Sinne nur bei theilbaren Rechten vorkömmt [21]), nicht sowohl aus der Theilbarkeit, als vielmehr aus der neben dieser Theilbarkeit herlaufenden Untheilbarkeit jener Rechte [22]).

Sofern weiter die Früchte der dem fraglichen Rechte unterworfenen Sache nicht fungibel, also nicht nach Summen theilbar sind, ist eine fortdauernde quotenweise Concurrenz mehrerer in der Fruchtziehung nur künstlich zu vermitteln, nämlich dadurch, daß statt einer den Berechtigungsquoten entsprechenden gleichartigen Theilung der Früchte eine Auseinandersetzung rücksichtlich derselben nach Aequivalenten eintritt, wobei dann bald die natürlichen nicht fungibelen Früchte in Fungibilien (Geld) umgesetzt, und diese vertheilt werden, bald einer allein die natürlichen Früchte gegen eine Entschädigung, bald der eine diesen, der andre jenen, ungleichartigen, Theil der Früchte unter gegenseitiger Aufrechnung von deren Taxwerthe übernimmt u. s. w.

Sofern endlich gemäß der Beschaffenheit der dem fraglichen Rechte unterworfenen Sache von einer Fruchtziehung daran überhaupt nicht die Rede ist, sofern kann auch nicht eigentlich geredet werden von einer quotenweisen Concurrenz der mehreren Berechtigten in der Ausübung dieses Rechtes. Das Quotenverhältniß kömmt hier vielmehr erst zur Erscheinung bei der Aufhebung der mehrfachen Berechtigung mittels einer, gütlichen oder gerichtlichen, Auseinandersetzung. So lange aber jene mehrfache Berechtigung dauert, wird entweder rücksichtlich jeder einzelnen Ausübungshandlung die Uebereinstimmung aller Theilnehmer vorausgesetzt werden müssen, oder aber man wird auch ihren jedem eine solidarische Ausübung der Berechtigung zuzusprechen haben. Das Letztere würde, meiner Meinung nach, z. B. der Fall sein, wenn zweien der Nießbrauch an einem Reitpferde wäre legirt worden, das

---

21) Vgl. oben Note 6 und ferner l. 32. D. de stip. serv. 45, 3. — l. 7 §§. 6. 8. D. comm. div. 10, 3.

22) S. l. 13 §. 2. D. de usufr. 7, 1. l. 7. cit. §§. 7. 10. D. 10, 3. — A. M. Warnkönig, a. a. O. §. 3. S. 72 f., der dann zu der Folgerung gelangt, daß die theilbaren Obligationen, weil bei ihnen eine communio pro indiviso unmöglich ist, eigentlich untheilbar seien: worüber er sich freilich selber verwundert. Vgl. dagegen Wächter, a. a. O. S. 169 ff. S. auch Alfr. Brinkmann, a. a. O. §. 1 S. 5. S. 8 ff.

ex arbitratu boni viri nicht vermiethungsweise nutzbar gemacht werden kann[23]). — Umgekehrt würde, meines Erachtens, der Usus da als ein theilbares Recht behandelt werden müssen, wo er ausnahmsweise einen, nicht blos auf das Bedürfniß des Berechtigten beschränkten, Bezug fungibeler Früchte gewährt, z. B. den Dünger einer Heerde, den Holzertrag eines Waldes[24]). — Die praktische Bedeutung der letzten Bemerkung scheint uns darin zu liegen, daß derjenige, der nur zu einer Quote Eigenthümer z. B. eines Waldes ist, den Usus geradeso wie den Usufructus für diese Quote daran bestellen kann; während umgekehrt derjenige, der an einem Reitpferde blos zu einem ideellen Theile das Eigenthum hat, den Usufructus an diesem Theile ebenso wenig zu bestellen vermag als den Usus. — Mit dem Eigenthume verhält es sich anders. Denn das Eigenthum als der Inbegriff aller rechtlichen Verfügungsgewalt über eine Sache hat nicht blos, wie der Usus und der Usufructus, Bedeutung in dem Rechte auf deren Gebrauch und Nutzung ex arbitratu boni viri, sondern gewährt auch die Befugniß, die ihm unterworfene Sache mittels des Umsatzes zu verwerthen. Selbst wenn daher die Theilung des Eigenthums an einer Sache für deren dauernde Nutzung, sei es durch eignen Gebrauch, sei es durch Vermiethung, keinen Sinn hätte, so müßte man jener Theilung doch einen Sinn zugestehen, sofern ja die Veräußerung der Sache gegen ein Aequivalent möglich ist, an welchem sich eine Quotentheilung verwirklichen läßt.

§. 3. B. Vom Pfandrechte*).

Der Inhalt des Pfandrechtes besteht im allgemeinen im Rechte, den Pfandgegenstand zu veräußern, und zwar zum Zwecke der Befriedigung für eine Forderung.

Es folgt daraus ein erheblicher Gegensatz zwischen dem Pfandrechte, auch wenn dasselbe an einer körperlichen Sache bestellt ist, und

---

23) Ein Unterschied zwischen dem Usus und dem Usufructus an dem Reitpferde ist nicht einmal rücksichtlich des jus accrescendi denkbar. Denn dieses beruht durchaus auf der Statthaftigkeit einer quotenweisen Concurrenz, die eben hier nicht möglich ist. Ganz etwas Anderes ist das Wegfallen thatsächlicher Beschränkungen, die der eine durch den anderen etwa erlitten hat. — S. etwa Elvers, Servitutenlehre. §. 59 S. 620. — A. M. v. Vangerow, Lehrb. Bd. II. §. 554. Anm. 2. (6. Ausg. 1854. S. 635.) Mir scheint ein Usus an einem ideellen Theile einer Sache unmöglich.

24) l. 12 §. 2. l. 22 pr. D. de usu et habit. 7, 8.

*) S. Wächter, a. a. O. S. 188 ff.

zwischen den dinglichen Nutzungsrechten. Die Ausübung der letzteren Rechte, welche für eine gewisse Dauer geeignet zu sein pflegt [1]), setzt Verfügungen über den Körper der ihnen unterworfenen Sache voraus. Das Pfandrecht dagegen, das in seiner einmaligen Ausübung erlischt, macht, abgesehen von der zur positiven Form der Veräußerung etwa gehörenden Tradition, so wenig eine derartige Einwirkung auf den Körper des Pfandgegenstandes nothwendig, als dasselbe überhaupt eines Körpers zu seinem Gegenstande bedarf. Kraft des Pfandrechtes verfügt man vielmehr lediglich über die Zuständigkeit des bisher dem Verpfänder an der verpfändeten Sache zuständigen Rechtes, sofern die Veräußerung des Pfandes eben dieses Recht auf den Käufer überträgt. Dieses Recht ist es daher eigentlich, was man als Gegenstand des Pfandrechtes auch da aufzufassen hat, wo man von dem Pfandrechte an einer körperlichen Sache, einem dinglichen Pfandrechte redet [1a]).

Unzweifelhaft ist nun zwar in der Ausübungshandlung des Pfandrechtes, d. h. im Acte der Veräußerung des Pfandgegenstandes eine jede Concurrenz rücksichtlich dieses Gegenstandes schlechterdings undenkbar. Insofern also ist das Pfandrecht ausschließlich und untheilbar.

Allein ebenso unzweifelhaft ist es auch, daß der Gegenstand des dinglichen Pfandrechtes, d. h. das Eigenthum (oder ein dem Eigenthume analoges Recht) nicht blos im ganzen, sondern nicht minder quotenweis dem Pfandnexus unterworfen werden könne [2]); — sowie ferner, daß auch eine Quote des im ganzen verpfändeten Eigenthumes sich zur pfandrechtlichen Veräußerung bringen lasse.

Ob auch irgend ein anderes verpfändbares Recht quotenweis dem Pfandnexus unterworfen oder aus demselben veräußert werden könne: das hängt natürlich lediglich von der Theilbarkeit dieses Rechtes an sich ab. Demnach würde die Frage zu bejahen sein für die Emphyteusis, die Superficies und den Usufructus; — verneint werden müste sie

---

1) So muß es stets sein bei den dinglichen Nutzungsrechten an fremden Sachen. Die Ausübung des Eigenthumes dagegen braucht keine dauernde zu sein, z. B. bei der Consumption. Die Verfügung über den Körper der dem Eigenthume unterworfenen Sache ist aber gerade in diesem Falle besonders erheblich. Die Veräußerung allein ist eine Ausübung des Eigenthums, welche, abgesehen von der zur positiven Form der Eigenthumsübertragung gehörigen Tradition, eine körperliche Einwirkung auf die Sache nicht nothwendig macht. Indessen wird im allgemeinen das Eigenthum doch nicht lediglich deshalb erworben, um das Recht der Veräußerung zu erlangen.

1a) S. Arndts, Pand. §. 367.

2) l. 10. l. 16 §. 8. D. de pign. etc. hypoth. 20, 1.

für den Usus und die servitutes praediorum rusticorum, — soweit nämlich die genannten Rechte Gegenstand einer Verpfändung sein können. Rücksichtlich verpfändbarer Forderungen ist alles auf die Theilbarkeit der concreten Obligation zu stellen; und das Gleiche gilt von dem Pfandrechte, das zu Afterpfand gegeben werden soll.

In den beiden letzten Fällen, also im Falle der Verpfändung einer Forderung und im Falle der Verpfändung eines Pfandrechtes, kann der Pfandgläubiger sein Pfandrecht, statt durch Veräußerung des Pfandobjectes, auch durch unmittelbare Ausübung der Befugnisse des Verpfänders geltend machen, welche kraft der Verpfändung ihm übertragen sind. Es ist einleuchtend, daß auch in dieser Beziehung die Theilbarkeit des Pfandrechtes nur bedingt ist durch die Theilbarkeit der verpfändeten Forderung, — des dem verpfändeten Pfandrechte unterliegenden Pfandgegenstandes. —

Gar nichts gemein mit der Frage nach der Theilbarkeit des Pfandrechtes hat dasjenige Verhältniß mehrerer Pfandgläubiger, wonach dieselben aus dem Erlöse des ihnen allen in solidum verpfändeten Objectes pro rata ihrer Forderungen befriedigt zu werden verlangen dürfen. Bald beruht dies Verhältniß auf dem ausdrücklichen Willen der Constituenten oder (bei testamentarischer Pfandbestellung) des Constituenten; bald ist dasselbe die Folge der Beerbung des ursprünglichen Gläubigers durch mehrere Erben [3]; und danach bestimmt sich denn auch die Art und Weise seiner Geltendmachung. Niemals aber trifft dies Verhältniß der Pfand*gläubiger* unter einander das Wesen des ihnen zustehenden Pfand*rechtes* selber [4]. —

Ebenso fällt eigentlich auch der Umstand aus unserer Frage heraus, daß das Pfandobject ganz und ungetheilt dem Pfandnexus unterworfen bleibt, bis der Zweck der Pfandgebung völlig erreicht, d. h. die Pfandschuld völlig getilgt ist: ein Umstand, den der Satz: indivisa est pignoris caussa bezeichnet. Nichtsdestoweniger werden wir später auf diesen Satz zurückkommen müssen [5]. — Daß der Zweck der Pfandgebung übrigens auch in der Sicherstellung nur eines Theiles der Schuldforderung bestehen könne, versteht sich ebenso von selbst [6],

---

3) *Arndts* Pand. §. 383 sub 2a.

4) Vgl. *Warnkönig*, a. a. O. S. 78.

5) l. 65. D. de evict. 21, 2. s. *Arndts* a. a. O. §. 369. — v. *Buchholtz* a. a. O. S. 51 (rect. 55) Note 25. *de Scheurl*, c. l. p. 67 sqq. — S. unten §. 10 sub D. §. 14 Note 1b. §. 24. sub 2.

6) l. 5. §. 1. D. in quib. causs. pign. vel hypoth. tacite. 20, 2.

als es klar ist, daß auch diese Bemerkung unsrer Frage fremd genannt werden muß.

§. 4. C. Von den Forderungsrechten.

Wie wir unter einem theilbaren Rechte überhaupt nur ein solches Recht verstehen, welches quotenweise getheilt werden kann, so wollen wir insbesondere unter der von uns gebrauchten Bezeichnung: „theilbare Obligationen" — nur diejenigen Obligationen begreifen, welche sich quotenweise theilen lassen.

Eine andere Art der Theilung dagegen begründet jene Bezeichnung für die ihr zugängliche Obligation keineswegs; namentlich auch nicht die Möglichkeit einer allmählichen Erfüllung, einer Erfüllung per partes in diesem Sinne, wie sie gewisse Obligationen gestatten, ja nothwendig machen. Es gehören dahin alle Obligationen, welche die Vornahme irgend einer positiven Thätigkeit von einiger Dauer bezwecken, wie das Ausrichten eines Botenganges, einer Frachtfuhre, das Bauen eines Hauses, das Aufwerfen eines Grabens u. s. w.

Ebenso unmittelbar einleuchtend wie die letzterwähnte Thatsache ist es nun aber auch, daß wenigstens bei einer ganzen Anzahl derartiger Obligationen schon eine theilweise Erfüllung durchaus nicht rechtlich bedeutungslos sei, z. B. bei der Obligation auf Erbauung eines Hauses. Ohne Frage muß vielmehr der Gläubiger, falls der etwa bis zur Höhe des ersten Stockwerkes geführte Bau liegen bleibt, schon nach römischem Rechte bei der Abschätzung des Interesse, dessen Erlangung den schließlichen Erfolg seiner Klage ausmacht, den Werthbetrag jenes Anfanges an der Schätzung des Ganzen soweit sich anrechnen lassen, als ihm derselbe bei der Fortsetzung des Baues auf eigne Kosten zugutekömmt. Und auf eben dasselbe Ergebniß läuft auch die heutige Execution heraus, vermöge deren die Fortsetzung und Beendigung des Baues auf Unkosten des Schuldners vollzogen wird.

Allein, wie gesagt, diese Art der Theilbarkeit und Theilung ist es nicht, welche wir meinen, wenn wir von untheilbaren Obligationen handeln; wir werden im Gegentheile später sehen, daß gerade die in jenem Sinne theilbaren Obligationen in dem unsrigen als untheilbar gelten müssen.

Für uns liegt, um das nochmals zu betonen, das Kriterium der Theilbarkeit eines Rechtes in der Möglichkeit ideeller, aliquoter Theile.

Und so ist demnach für uns eine Obligation alsdann theilbar,

wenn sowohl Forderungsrecht als Verpflichtung sich in mehrere von dem Inhalte der ganzen Obligation nur quantitativ verschiedene Theile zerlegen läßt; — untheilbar, wo das nicht möglich ist. —

Es scheint nun angemessen, gleich hier auf einen Gegensatz in der praktischen Bedeutung der Theilbarkeit für die Obligationen einer- und für die dinglichen Nutzungsrechte anderseits aufmerksam zu machen, der in der Verschiedenheit des Wesens beider wurzelt.

Wir haben gesehen, daß diejenigen dinglichen Nutzungsrechte, welche überhaupt eine Theilung zulassen, getheilt werden rücksichtlich des Fruchtgenusses; daß sie aber selbst zum Zwecke der Fruchtgewinnung, wie behufs jeder andern Nutzung, Verfügungen über den Körper der ihnen unterworfenen Sache voraussetzen, zu welchen ein jeder der mehreren Theilberechtigten seine Zustimmung geben muß. Und darauf beruht es, wie wir wahrgenommen haben, daß ein, nachseiten des Fruchtgenusses getheiltes, dingliches Nutzungsrecht stets begleitet erscheint von einem fortdauernden Gemeinschaftsverhältnisse aller Theilberechtigten an dem Gegenstande jenes Rechtes.

Die Ausübung einer Obligation dagegen besteht in nichts Anderem, als in der Eintreibung der Forderung von der einen, in der Zahlung der Schuld von der andern Seite. Ist also überhaupt die Theilung einer Obligation denkbar, so kann diese Theilung nur vorkommen rücksichtlich der Eintreibung der Forderung einerseits, der Zahlung der Schuld anderseits. — Nun aber hebt schon die einmalige Ausübung das Dasein der Obligation selbst auf. Das muß natürlich auch von der Ausübung der getheilten Obligation für den gerade zur Ausübung gebrachten Theil derselben gelten. Und so ergiebt sich denn, daß bei einer getheilten Obligation von einer fortdauernden Gemeinschaft der Theilberechtigten nicht die Rede sein kann [1]).

Während demnach auch nach der Theilung eines dinglichen Nutzungsrechtes die einzelnen Theile desselben fortdauernd als Theilberechtigungen erscheinen: gelten die Theile einer Obligation nur aus historischen Gründen als solche; seiner praktischen Bedeutung nach ist jeder einzelne Theil eine völlig selbständige Obligation, die den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechts ausnahmslos unterliegt und uns daher zu einer besondern Betrachtung keine Veranlassung bietet.

Jene historischen Gründe, von Theilen einer Obligation zu reden, können zweifacher Art sein. Entweder nämlich liegen sie in der Ent-

---

1) S. v. Savigny, Obligationenrecht. Bd. 1. §. 31 S. 320. f.

stehung derjenigen einzelnen Obligationen, deren Gesammtheit als das Ganze betrachtet wird; oder aber sie beruhen darin, daß eine ursprünglich ein Ganzes bildende Obligation später zerlegt worden ist [2]).

Gleich bei ihrer Entstehung theilt sich eine Obligation unter die mehreren auf einer oder auf jeder ihrer beiden Seiten befindlichen Subjecte [2a]), wenn folgende Voraussetzungen dasind:

1) die Obligation auf Vertrag, letztwilliger Anordnung oder sonstigen erlaubten Thatsachen beruht;
2) dieselbe an sich theilbar,

und

3) nicht ausdrücklich ihre Theilung mittels Begründung eines, activen oder passiven, Correalverhältnisses ausgeschlossen ist [3]).

Die in Ermangelung der letzten Voraussetzung eintretende Correalität liegt ebenso sehr außerhalb unserer Aufgabe, als die Solidarität der Verpflichtungen, welche bekanntermaßen bei Ermangelung der ersten der aufgeführten Voraussetzungen, also dann Platz greift, wenn die obligatorischen Verhältnisse durch unerlaubte Handlungen hervorgerufen sind. — Uns geht nur der Fall weiter an, in dem die zweite Voraussetzung ermangelt: die Obligation an sich eine Theilung nicht zuläßt.

Die spätere Theilung einer ursprünglich einheitlichen Obligation findet statt:

1) entweder kraft theilweiser Aufhebung der Obligation;

oder

2) kraft der Beerbung eines ihrer Subjecte durch mehrere Erben.

Voraussetzung ist auch für diese beiden Fälle, daß die Obligation eine Theilung zulasse. Denn das ist von vornherein gewiß, daß eine an sich untheilbare Obligation theilweise ebenso wenig aufgehoben, als, active oder passive, auf die Erben ihrer ursprünglichen Subjecte übergehen kann.

Dort also bleibt die Obligation ganz und ungetheilt bestehen [4]);

---

2) Das. S. 322—325.

2a) Es gehört hierhin für das römische Recht auch der Fall, wo der servus communis, ohne besondere Bezugnahme auf einen der domini oder ohne besondern Auftrag eines derselben, eine Forderung erwirbt, die nach den Eigenthumsantheilen am servus unter die domini sich theilt. — §. 3. J. per quas pers. nobis obl. acq. 3, 28. — Dagegen entsteht durch Handlungen des servus communis jedenfalls keine quotenweise Verpflichtung seiner domini.

3) Das. §. 16. S. 136 ff. §. 20. S. 197 ff.

4) Das. §. 33. sub I. S. 349 f. — Dies gilt auch von den durch Legat

— hier muß das obligatorische Verhältniß ganz und ungetheilt auf jeden der mehreren Erben übergehen [5]).

Die Modalitäten zu untersuchen, unter denen, gemäß unserm positiven Rechte, die Untheilbarkeit obligatorischer Verhältnisse bei Entstehung, Aufhebung, Beerbung einer Theilung der Obligationen entgegensteht, das ist eben die Aufgabe dieses ganzen Werkes.

An dieser Stelle kann es uns nur noch darauf ankommen, das Princip festzustellen, auf welchem die Theilbarkeit oder die Untheilbarkeit einer Obligation beruht. Dieses Princip aber werden wir auch hier, wie wir es rücksichtlich der übrigen Rechte gethan haben, durch Untersuchung dessen finden, was als Inhalt der Obligation aufgefaßt werden muß.

Als Inhalt einer Obligation nun stellt sich dar vonseiten des Gläubigers das Recht auf eine Handlung des Schuldners, vonseiten des Schuldners die Pflicht zu dieser Handlung, welche für den Gläubiger Vermögenswerth hat.

Die effective Verbesserung des der absoluten Verfügungsgewalt des Gläubigers unterworfenen Vermögens ist das, unmittelbare oder mittelbare, Ziel aller (rechtlichen) Obligationen, mag die Obligation nun gerichtet sein auf die Vermehrung des gläubigerischen Vermögens um einen neuen Bestandtheil (Eigenthum, Servitut, Obligation u. s. w.), oder auf Verbesserung, Erhaltung, Nichtverschlechterung der vorhandenen Vermögensstücke oder ihres Werthes, oder endlich auf Abwehr des Verlustes von vorhandenen Vermögensstücken (Schuldentilgung).

Es ist freilich außer Zweifel, daß eine Handlung an sich, d. h. als bloße Thätigkeit ohne Rücksicht auf ihren Zweck und Erfolg betrachtet, ideell untheilbar ist [6]). Allein da das Recht, und insbesondere das Obligationenrecht, die Handlungen niemals unter diesem ganz abstracten Gesichtspuncte auffaßt, vielmehr, vermöge seines praktischen Charakters, stets nur ihres Zweckes und Erfolges willen überhaupt berücksichtigt: so bleibt jener Satz für das Recht eine durchaus bedeutungslose Wahrheit.

---

begründeten untheilbaren Obligationen, bei denen der Abzug ex lege Falcidia nicht statt hat, dem überschwerten Erben dagegen indirect geholfen wird. l. 80 §. 1. D. ad leg. Falcid. 35, 2. — S. de Scheurl, c. l. p. 73. i. fine sq. Ubbelohde, Ueber den Satz: Ipso jure compensatur. S. 57 ff.

[5]) l. 192 pr. D. de R. J. 50, 17. (Marcell. lib. 29. Dig.) Ea, quae in partes dividi non possunt, solida a singulis heredibus debentur.

[6]) S. Puchta, Pand. §. 222. Vgl. Wächter a. a. O. S. 186 zu Note 45.

Die Frage: ist eine Obligation theilbar oder nicht theilbar? — kann also nicht aus dem Wesen der Handlungen an sich beantwortet werden; ihre Entscheidung ist lediglich aus der (ideellen) Theilbarkeit des beabsichtigten Erfolges der bestimmten Handlung zu entnehmen [7].

Theilbar ist demnach eine jede Obligation, deren vermögensrechtlicher Erfolg für den Gläubiger sich zu einem ideellen Theile verwirklichen läst. — Gleichgültig hingegen bleibt es für die Frage nach der Theilbarkeit einer Obligation, ob eine quotenweise Erfüllung ihres Zweckes für den Schuldner verhältnißmäßig kostbarer ist, als die völlige Erfüllung sein würde. Denn der größere oder geringere Aufwand, den der Schuldner auf die Erfüllung seiner Verpflichtung zu machen hat, bleibt als solcher der rechtlichen Betrachtung überhaupt fremd.

Theilbar also ist z. B. zweifellos eine Obligation, deren Erfolg in dem ganzen Eigenthume des Gläubigers an irgend einer Sache bestehen soll: denn dieser Erfolg läst sich wegen der Theilbarkeit des Eigenthumes zu beliebigen ideellen Theilen verwirklichen u. s. w.

Untheilbar dagegen ist eine jede Obligation, deren vermögensrechtlicher Erfolg für den Gläubiger sich zu einem ideellen Theile nicht verwirklichen läst.

Soll z. B. dieser Erfolg in dem Aufgebautsein eines Hauses bestehen, so ist eine ideelle Theilung der Obligation undenkbar; denn ein Haus läst sich nicht zu einem ideellen Theile aufbauen. —

Wir gehen nunmehr zu unserer eigentlichen Aufgabe über.

Ihre Behandlung soll in zwei Hauptabschnitten stattfinden, deren erster und bei weitem längster das Recht der Römer darstellt (§§. 5—37), während der andere (§. 38) das heutige Recht betrifft.

Der erste Abschnitt zerfällt wiederum in zwei Hauptstücke. Davon ist das erste (§§. 5—36.) dem Rechte der classischen Zeit, das andere (§. 37.) dem Rechte Justinians bestimmt.

---

7) Diese Formulirung scheint mir treffender und besser begründet, als die herrschende, welche, wie mit einem salto mortale zu der Behauptung gelangt, daß die Theilbarkeit einer Obligation von der Theilbarkeit ihres Gegenstandes (?) abhange. S. z. B. Puchta, Pand. §. 222 cit. Arndts, Pand. §. 204. de Scheurl, c. l. p. 101. sub 4. Molinaeus, c. l. Pars II. Nris 201. 269. Pars III. Nro 31. Vgl. Pars II. Nro 276, wo außer der natura rei debitae auch die bona fides als Grund der Untheilbarkeit angegeben wird, die letztere mit Bezug auf die obligationes alternativi et generis. — S. übrigens auch Wächter, a. a. O., S. 186 f. Sehr gut C. O. Müller, Institutionen. §. 100 S. 249 ff. sub 4.

Erſter Hauptabſchnitt.
Das Recht der Römer.

Erſtes Hauptſtück.
Das Recht der claſſiſchen Zeit.

Erſte Unterabtheilung.
Die Untheilbarkeit bei den obligationes stricti juris.

§. 5. Ueberſicht.

Die meiſten und wichtigſten der Aeußerungen, welche unſre Quellen hinſichtlich der Theilbarkeit und der Theilung von Obligationen enthalten, finden ſich im Digeſtentitel De verborum obligationibus, — alſo zunächſt mit Rückſicht auf Stipulationen. Es erſcheint danach für eine Darſtellung unſrer Lehre, die ſich dem Quellenmaterial möglichſt anſchließen will, als das Zweckmäßigſte, mit der Erörterung der obligationes strictae zu beginnen.

Der Stoff, welcher ſomit den Inhalt der erſten Unterabtheilung dieſes Hauptſtückes ausmacht (§§. 5—19.), ſondert ſich in zwei Hauptmaſſen. Zunächſt ſind die wirklich untheilbaren Obligationen zu unterſuchen, d. h. ſolche, deren Untheilbarkeit auf der Natur der geſchuldeten Leiſtungen an ſich beruht. Außerdem aber können ungetheilte Beziehungen für obligatoriſche Verhältniſſe dadurch entſtehen, daß eine Leiſtung in der Bedingung für eine andre Leiſtung übernommen wird.

Die wirklich untheilbaren obligationes strictae beſprechen wir in zwei Capiteln. Das erſte derſelben hat Obligationen auf Beſtellung eines Rechtes zum Gegenſtande. (§§. 6 — 9.) Bei dieſer Gelegenheit berühren wir zugleich die Fälle ſolcher Obligationen, welche zwar durchaus theilbar ſind, aus beſondern Gründen aber gerade mit Rückſicht auf die Theilung etwas Beſonderes zeigen. Es ſind dies die Obligationen auf ein genus und auf ein alternativum, ſowie die-

jenigen auf Quantitäten von fungibeln Sachen und Leistungen und auf eine Mehrzahl von nicht fungibeln Sachen Einer Gattung. (§. 6.)

Das zweite Capitel hat es zu thun mit solchen Obligationen, welche auf die Vornahme einer positiven Handlung, außer der Bestellung eines Rechtes, gehen. (§§. 10—13.)

Die andere Hauptmasse, also die Masse der bedingten Obligationen, bildet den Gegenstand des dritten Capitels. (§§. 14—19.) Und hierunter sind auch die obligationes in non faciendo begriffen, welche der Sache nach als bedingte Obligationen erscheinen. (§. 14.)

Erstes Capitel.

§. 6. Obligationen auf Bestellung eines Rechtes.

A. Auf Uebertragung des Eigenthumes.

Wir haben in der Einleitung gesehen, daß eine Obligation auf Uebertragung des Eigenthumes ihrem Wesen nach durchaus theilbar ist. An dieser Theilbarkeit wird auch durch den Charakter des strictum jus nichts geändert, den eine derartige Obligation etwa annimmt. Im allgemeinen also ist hier nichts zu bemerken. —

Es versteht sich übrigens als Regel für die Verwirklichung der Theilung einer Obligation von selbst, daß die gläubigerische Seite darunter rechtlich nicht leide, d. h. namentlich, daß sie nicht gezwungen werde, infolge der Theilung etwas Anderes anzunehmen, als was ihr eigentlich gebührte.

Daraus ergeben sich einige besondere Bestimmungen für die Obligationen auf ein genus und auf ein alternativum.

1) Die Theilung tritt auf schuldnerischer Seite ein.

l. 2. §§. 1. 2. D. de V. O. 45, 1. (Paullus lib. 12. ad Sabinum.)

> — quaedam partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit, veluti quum hominem generaliter stipulor, aut lancem aut quodlibet vas. Nam si Stichi pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est, sed aut statim [1]) repeti potest, aut in pendenti est, donec alius

---

[1]) Vgl. l. 26 §. 13. D. de cond. ind. 12, 6. S. darüber v. Vangerow, Lehrb. Bd. III. §. 567. Anm. 2 sub II. 1. und die dort Angeführten.

detur. Ejusdem conditionis est haec stipulatio, Stichum aut Pamphilum dari? — §. 2. Ex his igitur stipulationibus ne heredes quidem pro parte solvendo liberari possunt, quamdiu non eandem rem omnes dederint: non enim ex persona heredum conditio obligationis mutatur.

l. 85. §. 4. D. eod. (Id. lib. 75. ad edictum.)
— alioquin in diversis hominibus recte partes solventur, quod non potuit defunctus facere, ne, quod stipulatus sum, consequar. etc.

l. 15. D. de legatis I. (Celsus lib. 6. Dig.)
Si quis, duobus heredibus institutis, ita legaverit: Stichum aut decem danto; non potest alter heredum quinque, alter partem Stichi dare. sed necesse est, utrumque aut Stichum totum aut decem solvere.

Der Gläubiger hat den Anspruch auf das ganze Eigenthum an einem Stücke, oder auf das Eigenthum an einer bestimmten Summe von Stücken. Er soll daher nicht wider seinen Willen Eigenthumsquoten an verschiedenen Species bekommen, oder Eigenthumsquoten an einzelnen Stücken und das Eigenthum an einer Theilsumme, noch auch das Eigenthum an den Theilen von Summen verschiedener Stücke. Soweit dagegen dieses Bedenken nicht in Betracht kömmt, weicht die Behandlung der Obligationen auf ein genus oder auf ein alternativam von der Behandlung aller andern Obligationen auf Eigenthumsübertragung nicht ab [2]). — Derjenige von mehreren Schuldnern, der, um sich definitiv zu liberiren, das ganze Eigenthum an einer obligationsmäßigen Species oder das Eigenthum einer ganzen obligationsmäßigen Summe auf den Gläubiger überträgt, hat seinen Regreß gegen die dadurch gleichfalls liberirten Mitschuldner, wenn diese Miterben sind, mittels der actio familiae erciscundae, sonst mit der actio negotiorum gestorum contraria, deren anderweite Voraussetzungen, insbesondere die utilitas gestionis, natürlich auch vorhanden sein müssen [3]).

---

[2]) S. Ribbentrop, Correalobl. S. 190 ff. — l. 17. D. de accept. 46, 4. Vgl. l. 9. §. 1. i. f. l. 34. §. 1. i. f. §. 10. D. de solutt. 46, 3. l. 2. §§. 1. 2. citt. D. de V. O. 45, 1. l. 26. §§. 13. 14. D. de cond. ind. 12, 6. — l. 2. cit. §. 3. D. de V. O. 45, 1. und dazu Ribbentrop, S. 192 ff.

[3]) S. Alfr. Brinkmann, a. a. O. S. 143 und S. 107.

2) Die Theilung tritt auf gläubigerischer Seite ein.

l. 26. §. 14. D. de cond. ind. 12, 6. (Ulpianus lib. 26. ad Sabinum.)

Idem ait, et si duo heredes sint stipulatoris, non sic posse, alteri quinque solutis, alteri partem Stichi solvi. — Secundum quae liberatio non contingit, nisi aut utrique quina aut utrique partes Stichi fuerunt solutae.

l. 34. §. 1. D. de solutt. 46, 3. (Julianus.)

Si duo rei stipulandi hominem dari stipulati fuerint, et promissor utrique partes diversorum hominum dederit: dubium non est, quin non liberetur. Sed si ejusdem hominis partes utrique dederit, liberatio contingit etc.

Auch die mehreren Erben des Gläubigers können verlangen, daß sie insgesammt das ganze Eigenthum an einer und derselben Species oder die ganze Summe bekommen, worauf ihrem Erblasser der Anspruch zustand. Und ebenso ist es mit mehreren ursprünglichen Gläubigern, welche zusammen das Eigenthum gerade an einer und derselben Sache oder Summe erwerben wollten [4]). —

Eigenthümlich ferner pflegt sich die quotenweise Theilung einer Obligation zu gestalten, welche gerichtet ist auf die Eigenthumsübertragung an einer Quantität von Fungibilien. Auch dies Verhältniß ist, wie das vorhin erörterte, etwas allen Obligationsarten Gemeinsames, obschon unsere Quellen es gleichfalls vorzugsweise bei Gelegenheit der Stipulationen vortragen. — Denken wir uns z. B., daß jemand, der verpflichtet ist, einem andern 10 Scheffel Weizen zu Eigenthum zu geben, zwei Erben hinterläßt. Jeder derselben hat an sich die Verpflichtung, dem gemeinsamen Gläubiger eine seiner Erbquote entsprechende Quote des Eigenthums an 10 einzelnen Scheffeln zu verschaffen; trotz seiner Leistung aber würde seine Befreiung von der Schuld solange zweifelhaft bleiben, bis der andere genau an denselben 10 Scheffeln die restirende Eigenthumsquote auf den Gläubiger

---

[4]) Abgesehen von dem Falle, wo das Wahlrecht auffeiten der Gläubiger ist, brauchen sich übrigens die Gläubiger nicht zu vereinigen, wenn sie Theile derselben Sache oder Summe erhalten wollen. Die Befreiung des Schuldners, der einem von ihnen den Theil einer Sache oder Summe leistet, bleibt solange in suspenso, bis den andern die übrigen Theile derselben Sache oder Summe geleistet worden sind. A. M. scheint Ribbentrop, Correalobl. S. 197 §. 22 a. E.

Ueber den Fall, da die Gläubiger das Wahlrecht haben, s. auch Brinkmann, a. a. O. S. 143 f.

übertragen hat. Das ist unbequem weitläufig. Sehr einfach aber bietet sich hier in der Natur der Fungibilien ein Auskunftsmittel. Das halbe Eigenthum an 10 Scheffeln ist seinem Werthe nach völlig repräsentirt durch das ganze Eigenthum an 5 Scheffeln; und der Gläubiger, der von jedem der beiden Erben des Schuldners das ganze Eigenthum an 5 Scheffeln bekömmt, hat genau dasselbe, was er haben würde, wenn ihm jeder das halbe Eigenthum an denselben 10 Scheffeln gegeben hätte. Nur wenn die Quantität, welche ganz oder zum Theil in das Eigenthum des Gläubigers übertragen werden soll, bereits im Augenblicke, wo die Obligation begründet wird, im Vermögen des Schuldners sich befindet, z. B. wenn 60 Scheffel von dem Weizen verkauft worden sind, den der Verkäufer auf seinem Boden lagert, dann wird, wenigstens während ungetheilter Erbgemeinschaft, der einzelne Erbe des Schuldners eine seinem Erbtheile entsprechende Quote am Eigenthume der bestimmten Scheffelzahl zu leisten haben. — Umgekehrt, wenn der Gläubiger, der 10 Scheffel zu fordern hat, zwei Erben hinterläßt, würde streng genommen der Schuldner jedem derselben eine dessen Erbtheile entsprechende Quote des Eigenthums an 10 Scheffeln, und beiden zusammen das volle Eigenthum an denselben 10 Scheffeln übertragen müssen. Es würde dann für die Erben einer Auseinandersetzung bedürfen, die sich am leichtesten und am gerechtesten dadurch verwirklichen ließe, daß jeder das volle Eigenthum an einer seiner Erbquote entsprechenden Anzahl von Scheffeln erhielte. Zu genau dem gleichen Ergebnisse aber gelangt man weit einfacher, indem ein jeder der Erben von dem gemeinsamen Schuldner geradezu das ganze Eigenthum an jener Scheffelzahl bekömmt. — Ganz ebenso ist es übrigens auch bei einer ursprünglichen Mehrheit von Subjecten in solchen Obligationen.

Weil also die gläubigerische Seite dabei durchaus erhält, was ihr gebührt, die Erfüllung aber der Obligation dadurch außerordentlich vereinfacht wird: so läßt man bei Obligationen auf Quantitäten, gemäß der muthmaßlichen Willensmeinung der sie constituirenden Subjecte, die Quotentheilung durchweg sich so vollziehen, daß, statt der Quoten des Eigenthumes an den einzelnen Stücken der bestimmten Zahl, das ganze Eigenthum an einer entsprechenden Quote der bestimmten Zahl einzelner Stücke übertragen wird.

l. 29. D. de solutt. 46, 3. (Ulpian. lib. 38. ad edictum.) — in nummis et oleo ac frumento et similibus, quae communi specie continen-

tur[5]), apparet hoc actum, ut numero dividatur obligatio: quatenus et commodius promissori stipulatoribusque est.

l. 9. §. 1. D. eod. (Id. lib. 24. ad Sabinum.)

Qui decem debet, partem solvendo, in parte obligationis liberatur, et reliqua quinque sola in obligatione remanent. pp.[6])

Bliebe übrigens bei dieser Theilung ein Rest, der auch nicht etwa durch Reduction auf das kleinste Maß der betreffenden Gattung von Fungibilien beseitigt werden könnte, so würde dann jedes der mehreren Obligationssubjecte an jedem Stücke dieser Restforderung eine seinem Obligationsantheile entsprechende Quote des Eigenthumes zu fordern oder zu gewähren haben.

Etwas Aehnliches kann aus ähnlichen Zweckmäßigkeitsgründen auch bei solchen Obligationen eintreten, die auf eine Mehrheit von Gegenständen einer und derselben nicht fungibelen Gattung gerichtet sind. Bei beiden Classen von Obligationen wird eine solche divisio numero darauf zurückgeführt, daß sie muthmaßlich im Willen der Parteien gelegen haben würde, falls dieselben an eine Theilung der obligatorischen Verhältnisse überhaupt gedacht hätten. Die Annahme eines derartigen Willens ist nun bei Obligationen auf Quantitäten von Fungibilien, die ja ihrem Begriffe gemäß nach Zahl, Maß, Gewicht bestimmt werden, durchaus wahrscheinlich — hoc apparet actum; — bei Obligationen auf Quantitäten nicht fungibeler Sachen derselben Art liegen bisweilen Umstände vor, die jener Annahme entgegentreten.

---

5) Es ist verkehrt, wenn Donellus ad l. 54. D. de V. O. Nro. 23. diese Worte von jedem genus auch nicht fungibeler Sachen verstehen will. — cf. Arndts, Pand. §. 51. Note 6.

6) Vgl. auch

a. l. 34. §. 10. D. de solutt. 46, 3. l. 17. D. de acceptilat. 46, 4. l. 26. §§. 13. 14. D. de cond. ind. 12, 6.

b. l. 94. §. 1. D. de solutt. 46, 3. — communes nummos — sive in singulis nummis communionem pro indiviso quis esse intelligat, sive in pecunia non corpora cogitet, sed quantitatem. — l. 13. §. 2. l. 16. D. de R. Cr. 12, 1. l. 19. §. 2. D. de cond. ind. 12, 6. (— summae partem dimidiam, non corporum.) u. s. w. —

Ganz analog erscheint mir die Bestimmung, wonach bei einer confusio fungibeler Sachen der gleichen Gattung, welche ohne den Willen der Eigenthümer eintritt, jeder derselben eine seinem Einschusse entsprechende Quantität der Mischung vindicirt. l. 5. pr. D. de R. V. 6, 1.

Jedenfalls ist der Theilung einer solchen Obligation nach der Zahl der einzelnen Stücke aufseiten der Gläubiger nicht stattzugeben, wo die Mehrheit dieser Stücke als solche ein Ganzes ausmacht, z. B. ein Viergespann. Dieser Fall ist zweifellos.

Bestritten[6a]) ist der Fall, wo bei der Verpflichtung zur Leistung einer Mehrzahl von Stücken eines nicht fungibeln Genus von vornherein mehrere Gläubiger vorhanden sind. Die Theilung der Ansprüche, welche gleich von Anfang an eintritt, vollzieht sich hier keineswegs, wie bei den Fungibilien, selbstredend nach Maß, Zahl, Gewicht. Weil aber eben von Anfang an eine Theilung eintritt: so müssen die das Obligationsverhältniß begründenden Personen nothwendigerweise auf sie Bedacht nehmen. Und man hat daher den Inhalt der Theilansprüche hier weit strenger nach dem Wortlaute der Vertragsberedungen zu deuten, als da, wo die Mehrheit der Obligationen erst hernach, z. B. durch Erbgang, entsteht, und der anfängliche Gläubiger mithin auf eine Mehrheit von Ansprüchen vielleicht gar keine Rücksicht genommen hat. — Die Quellen erwähnen in dieser Beziehung die Stipulation eines servus communis.

l. 29. D. de solutt. cit. (Ulpian.)

> Quum Stichus et Pamphilus communi servo promissi sunt: non alteri Stichus, alteri Pamphilus solvi potest[6b]), sed dimidiae singulorum partes (das halbe Eigenthum an jedem) debentur. Idemque est[6c]), si quis aut duos Stichos aut duos Pamphilos dari promisit: aut communi duorum servo homines decem dare promiserit. nam ambigua vox est decem homines, quem-

---

6a) S. z. B. Cujac. ad l. 54. de V. O. ad v. Idemque est] a. E.

6b) Die Florent. lieset non potest. Ramos del Manzano, Recitt. ad Tit. D. de V. O. Pars I. tract. 3. Cap. 2. §. VI. (Meerman, Thes. Tom. VII. p. 161) sucht dies zu rechtfertigen, indem er Ulpianen sagen läßt: an sich sei hier auch eine Theilung numero denkbar, — die Ramos dann freilich, ut aequaliter servetur, nach l. 54. D. de V. O. für den Fall von species promissae verwirft. — Aehnlich Retes, de divid. et indiv. obl. comment. cap. I. §. XIV. (das. p. 611 sq.)

6c) Cujacius ad l. 54. D. de V. O. will lesen: Idemque non est. Daß dies falsch sei, ergiebt sich schon aus dem Sed, womit Ulpian nach der hier abgedruckten Erörterung übergeht auf die Behandlung von Obligationen fungibeler Sachen. Die dann folgenden Worte s. oben S. 27. Ebenso ungerechtfertigt scheint mir der Vorschlag des Donellus ad l. 54. D. cit. Nro. 23. Idemne est — zu lesen.

admodum decem denarii, atque utriusque rei dimidium duobus modis intelligi potest. pp.

Hätte der servus communis gewollt, daß jeder seiner beiden Herren eine Forderung auf eine Quote von der ganzen Zahl der ausbedungenen Sclaven erwerbe, so hätte er sich demgemäß ausdrücken und somit z. B. seinem Herrn Titius fünf und seinem Herrn Lucius fünf Sclaven stipuliren müssen. Da er das nicht gethan, so läßt sich nur annehmen, daß er jedem seiner Herren ein Forderungsrecht auf eine, dessen Eigenthumsantheile an ihm, dem stipulirenden Sclaven selber, entsprechende Quote am Eigenthume jedes einzelnen der zehn stipulirten Sclaven habe erwerben wollen. Es würde demnach reine Willkür sein, an die Stelle der in der That begründeten Forderung z. B. auf das halbe Eigenthum an den zehn Sclaven die Forderung auf das ganze Eigenthum an fünf Sclaven zu setzen. — Ebendasselbe muß ohne Frage, in der uns hier allein berührenden Hinsicht, auch dann gelten, wenn die mehreren Gläubiger in Person das Obligationsverhältniß abschließen. Es bestellen z. B. zwei Roßtäuscher gemeinsam bei einem dritten zehn Pferde von bestimmter Qualität. Hätte der einzelne den Anspruch auf das ganze Eigenthum an fünf Pferden erwerben wollen: so hätte das gesagt werden müssen. Sonst läßt sich als die Absicht der Parteien bei diesem Handel nichts Anderes annehmen, als daß jeder den Anspruch auf das halbe Eigenthum an zehn Pferden erwerbe.

Anderswo dagegen ist der divisio numero auch bei Obligationen auf eine Mehrheit nicht fungibeler Gegenstände derselben Gattung stattzugeben.

l. 117. D. de V. O. 45, 1. (Papinian. lib. 12. quaest.) Si centum homines, quos ego heresve meus elegisset, stipulatus, antequam eligerem, duos heredes reliquero: numero dividitur stipulatio. diversum est, si jam electis hominibus successerint.

Wollte man in solchem Falle auf dem streng Regelrechten bestehen, daß jeder der mehreren Erben des Gläubigers den Anspruch auf eine seinem Erbtheile entsprechende Quote des Eigenthumes an jedem einzelnen der hundert Sclaven erhielte: so würde daraus folgen, daß rücksichtlich jedes einzelnen dieser hundert Sclaven die wahlberechtigten Erben sich einigen müsten. Welche Unbequemlichkeit! Alle diese Weitläufigkeit verschwindet bei der Entscheidung Papinians. Freilich ist der Erfolg dieser Entscheidung für den einzelnen Erben

des Gläubigers ein anderer, als der unmittelbare Erfolg des strengen Rechtes sein würde. Allein, wenn nach strengem Rechte jeder der zwei Erben das halbe Eigenthum an hundert Sclaven erhielte, so würde höchst wahrscheinlich eine solche Gemeinschaft über kurz oder lang mit der Auseinandersetzung enden, die hier am einfachsten dadurch geschähe, daß jeder die Hälfte der ganzen Zahl von Sclaven zu ausschließlichem Eigenthume bekäme. Und das ist ja eben, was Papinians Entscheidung sogleich und geradezu erreicht. Und, während der Schuldner hierbei nur das leistet, wozu er unter allen Umständen verpflichtet erscheint, wird der einzelne Erbe des Gläubigers infolge des ihm zustehenden Wahlrechtes seinen Vortheil schon zu wahren wissen.

Denken wir uns nun jedoch diesen Fall etwa in folgender Weise modificirt. Jene hundert Sclaven sollen den Arbeiterbestand für ein bestimmtes Landgut bilden[6d]). Hier ist es gewiß das Natürlichste anzunehmen, daß die mehreren Gläubiger, wie ihnen das Gut gemeinsam gehört, so auch an den, für das Gut bestimmten, Sclaven gemeinsam das Eigenthum erwerben sollen. In solchem Falle wird man daher beim strengen Rechte bleiben.

Abgesehen indessen von derartigen besondern Umständen wird jene divisio numero gläubigerischerseits auch bei Obligationen auf mehrere Stücke aus einem Genus nicht fungibeler Sachen regelmäßig eintreten. So sagt es ganz allgemein

l. 54. pr. D. de V. O. 45, 1. (Julian. lib. 22. Digest.)

In stipulationibus alias species, alias genera deducuntur.

1) Quum species stipulamur, necesse est inter dominos (d. h. die mehreren Herren eines stipulirenden Sclaven) et inter heredes ita dividi stipulationem, ut partes corporum (d. h. Quoten des Eigenthumes an den einzelnen Sachen) cuique debebuntur.

2) Quotiens autem genera stipulamur, numero fit inter eos[6e]) divisio.

[6d]) Das Verhältniß eines Sclaven zu einem Landgute ist im römischen Rechte sehr gewöhnlich. l. 34. pr. D. de C. E. 18, 1. l. 32. l. 33. pr. i. f. §. 1. l. 44. pr. D. de aed. edict. 21, 1. Vgl. auch l. 15. §. 2. D. de evict. 21, 2. u. s. w.

[6e]) Wenn dies „inter eos" auch in dem ursprünglichen Zusammenhange der Stelle gleichmäßig auf das vorangehende dominos und heredes zu beziehen

ad 1) Veluti quum Stichum et Pamphilum quis stipulatus, duos heredes aequis partibus reliquit: necesse est utrique partem dimidiam Stichi et Pamphili deberi.

ad 2) Si idem duos homines stipulatus fuisset: singuli homines heredibus ejus deberentur.

Von einer Verkürzung des einzelnen Gläubigers wird hier keine Rede sein können. Er hat streng genommen den Anspruch auf eine bestimmte Quote des Eigenthumes an mehreren einzelnen generell bezeichneten Gegenständen; der von vornherein festzustellende Werth dieses Anspruches findet sein volles Aequivalent in dem ganzen Eigenthume an der gleichen Quote jener Zahl von Gegenständen, — vorausgesetzt nur, daß jeder einzelne derselben die obligationsmäßigen Eigenschaften des geschuldeten Genus hat: was sich von selbst versteht. Daß nun aber der Gläubiger dieses Aequivalent nehme, liegt in seinem eignen Vortheile, wie es ganz besonders zur Erleichterung des Schuldners gereicht.

Auch passiverseits wird jene divisio numero das Gewöhnliche sein. Eine Abweichung aber wird z. B., wie bei den Obligationen auf Quantitäten, dann eintreten, wenn das Genus, von welchem mehrere Stücke zu Eigenthum gegeben werden sollen, im gemeinsamen Vermögen der Schuldner sich befindet. Z. B. wenn jemand generell zwei von seinen Pferden verkauft hat und nun mit Hinterlassung mehrerer Erben verstirbt. Hier wird, jedenfalls vor der Erbauseinandersetzung, der Gläubiger von jedem Erben nur eine dessen Erbtheile entsprechende Quote am Eigenthume zweier Erbschaftspferde fordern können.

Der Unterschied zwischen den Obligationen auf eine Quantität von Fungibilien und denjenigen auf eine Mehrzahl von Stücken eines nicht fungibelen Genus tritt dagegen wiederum in dem Falle heraus, wenn die einzelnen Stücke, welche geleistet werden sollen, schon

---

gewesen ist: so würde allerdings ein Widerspruch zwischen Julian und Ulpian in l. 29. D. de solutt. cit. vorliegen. Aus den im Texte angeführten innern Gründen würde aber Ulpians Meinung über die stipulatio servi communis den Vorzug verdienen. — Möglich bleibt jedoch immer die Annahme, daß jenes eos in Julians Munde nur auf heredes zu beziehen gewesen wäre. — Diesen Widerspruch zu beseitigen sind viele vergebliche Versuche gemacht, z. B. von Cujaz, Donell, Ramos, Retes ll. cc. —

Vielleicht kömmt man aber damit aus, daß Julian unter genera schlechthin Fungibilien verstanden und dafür in den Sclaven nur ein unpassendes Beispiel gewählt habe.

bestimmt sind, und nun auf gläubigerischer Seite durch Erbgang mehrere Subjecte erscheinen. Bei der Forderung auf eine Quantität fungibeler Sachen, z. B. auf sämmtliches Korn, das der Schuldner auf seinem Boden lagert, wird jeder Erbe des Gläubigers eine bestimmte Scheffelzahl von diesem Korne in sein ausschließliches Eigenthum verlangen; bei der Forderung auf eine Anzahl von Pferden, die bereits ausgelesen worden sind, wird der einzelne Erbe des Gläubigers seinen Anspruch richten auf eine seinem Erbtheile entsprechende Quote am Eigenthume eines jeden dieser Pferde. —

Nach Analogie der Obligationen auf die Uebertragung des Eigenthums an Quantitäten fungibeler Sachen können endlich auch Obligationen auf eine Mehrheit von solchen Dienstleistungen behandelt werden, welche sich, gewissermaßen wie Fungibilien, nach Zahl oder Maß bestimmen. Voraussetzung dabei ist jedoch unerläßlich, daß nur die einzelnen Dienste als solche, nicht ihr Ergebniß, den Gegenstand der Obligation bilden.

l. 54. cit. §. 1. D. de V. O. 45, 1. (Julian. lib. 22. Dig.) Operarum stipulatio similis est his stipulationibus, in quibus genera comprehenduntur: et ideo divisio ejus stipulationis non in partes operarum, sed in numerum cedit. pp.

l. 15. §. 1. D. de operis libertorum. 38, 1. (Ulpian. lib. 38. ad edictum.)

Neque promitti, neque solvi, nec deberi, nec peti pro parte poterit opera. Ideo Papinianus subjicit: Si non una, sed plures operae sint, et plures heredes exsistant patrono, qui operas stipulatus est: verum est, obligationem operarum numero dividi. Denique Celsus lib. 12. scribit, si communis libertus patronis duobus operas mille daturum se juraverit, aut communi eorum servo promiserit: quingenas potius deberi, quam singularum operarum dimidias [7]. —

Uebrigens hat die natürliche Regel, die wir bei der Theilung der Obligationen auf ein genus und auf ein alternativum haben

[7]) Daß in der That in beiden im Texte mitgetheilten Stellen von fungibeln Dienstleistungen die Rede ist, ergiebt sich daraus, daß beide von operae Freigelassener handeln, solche aber nach Tagen gezählt werden. l. 1. l. 39. pr. D. de oper. libert. 38, 1. l. 20. §. 5. de statulib. 40, 7.

wirken sehen, gerade bei diesen Obligationen auf fungibele Dienstleistungen mannigfachen Einfluß: die Regel nämlich, daß infolge der Theilung die Subjecte der Obligation mit Rücksicht auf den unmittelbaren Gegenstand des Forderungsverhältnisses nicht verkürzt werden dürfen. Tritt aber die Wirksamkeit jener Regel bei den ersterwähnten Obligationen nur zugunsten der gläubigerischen Seite hervor: so wird sie bei den jetzt in Rede stehenden Verbindlichkeiten auch für die schuldnerische Seite von lebendiger Bedeutung.

Es wird nämlich bei derartigen Obligationen nur wenige Fälle geben, in denen jeder einzelne der durch Erbgang entstandenen Theile des ursprünglichen Schuldverhältnisses ein Geschick haben kann, das von demjenigen der übrigen Theilobligationen völlig unabhängig wäre. So wird es sein z. B., wenn die ursprüngliche Verpflichtung schlechthin gerichtet gewesen ist auf das Anfahren von 100 Fuder Sand oder dergl., und es auf die Zeitfolge, in welcher, und das besondere Stück des Flächenraumes, auf welchem die ganze Quantität aufgehäuft werden soll, nicht ankömmt. Hier wird jeder der mehreren Erben des Schuldners, unbekümmert um seine Miterben, eine seinem Erbtheile entsprechende Quote der Gesammtfuderzahl auf den für diese bestimmten Platz anfahren dürfen und müssen. Uebrigens wird dazu jeder einzelne von ihnen die volle Zeit haben, welche ihrem Erblasser für die Gesammtleistung zugebote gestanden hätte, wiewohl jeder der Erben in verhältnißmäßig kürzerer Zeit die ihm obliegende Theilleistung vorzunehmen imstande wäre. Denn es ist ebenso wenig Grund vorhanden, der schuldnerischen Seite den in der ursprünglich ihr gegönnten Zeit liegenden Vortheil zu beschränken, als dem Gläubiger durch eine solche Beschränkung einen Vortheil zuzuwenden.

Schon im umgekehrten Falle aber, wo jeder der mehreren Erben des Gläubigers das Anfahren einer seinem Erbtheile entsprechenden Quote der Gesammtfuderzahl von dem gemeinsamen Schuldner zu fordern berechtigt ist, macht jene Regel sich geltend. Der Schuldner kann nämlich nicht gezwungen werden, gleichzeitig allen Erben zu erfüllen, darf vielmehr für die Summe der nunmehrigen Theilleistungen genau die gleiche Zeit beanspruchen, welche ihm für die ursprüngliche Verpflichtung ausdrücklich oder nach der Natur der Leistung gegönnt war. Einigen sich also die mehreren Erben nicht mit Wissen des Schuldners über die Reihenfolge, in der sie die einzelnen Leistungen fordern wollen, so wird keiner von ihnen vor Ablauf jener Frist ohne Erfüllung klagen können.

Noch bestimmter tritt die Nothwendigkeit einer Einigung unter den mehreren Gläubigern dann hervor, wenn die geschuldeten Dienste erst auf ausdrückliche Anforderung der berechtigten Seite zu leisten sind. In diesem Falle würde unter Umständen sogar am Mangel der Einigung unter den Gläubigern die Verwirklichung der Leistung scheitern, der Schuldner also befreit werden.

l. 23. §. 1. D. de operis libertorum. 38, 1. (Julianus lib. 22. Dig.)

> Si patroni plures consulto in diversas regiones discesserint et liberto simul operas indixerint [8]), postest dici, diem operarum cedere, sed libertum non obligari: quia non per eum, sed per patronos staret, quominus operae dentur. — Quod si diversarum civitatum patroni sint, et in sua quis moretur: consentire debent in operis ab eo accipiendis. Durum alioquin est, eum, qui se liberare potest decem diebus operando, simul operis indictis, si in accipiendis non consentiunt, compelli ad praestandam alteri quinque operarum aestimationem.

Meistens wird auch im Falle der Beerbung des Schuldners durch mehrere Erben jeder derselben eine gewisse Anweisung durch den gemeinsamen Gläubiger sich gefallen lassen müssen, z. B. über die Reihenfolge, in welcher er mit seinen Miterben die Hand- oder Spanndienste abzuleisten hat; oder über diejenigen Klafter Holz, die kleinzumachen ihm obliegt; oder über die Stelle, an welcher er den auf ihn fallenden Theil einer etwa nach Ruthen und Fuß bestimmten Arbeit abgraben soll.

Die letzten Beispiele führen uns zu der Bemerkung, daß es unter den in Rede stehenden Obligationen Fälle giebt, in denen zwar die Verpflichtung, nicht aber die Berechtigung, in Gemäßheit der Erbportionen nach dem Zahlenverhältnisse der einzelnen Dienstleistungen getheilt zu werden pflegt, ja, nicht einmal immer getheilt werden kann. Es sind dies solche Fälle, in denen durch die Dienstleistungen der Zustand von Sachen geändert werden soll, an denen die gläubigerische Seite ein dingliches Recht oder den juristischen oder auch blos natürlichen Besitz hat. Es handelt sich z. B. um das Kleinmachen von 24 Klafter Holz, welche dem Gläubiger zu Eigenthum gehören, — um das Aufwerfen eines Grabens von bestimmter Tiefe, Breite und

[8]) l. 13. §. 2. eod. (s. unten §. 11.)

Richtung in einer Länge von 12 Ruthen auf einem Grundstücke, das der Gläubiger in Pacht hat. Und nun wird der Gläubiger von drei Erben zu gleichen Theilen beerbt. Es ist klar, daß, so lange die Erbgemeinschaft dauert, keiner von diesen drei Erben für sich durch Naturalerfüllung jener Verbindlichkeiten befriedigt werden kann. Entweder sie erlangen alle zugleich Naturalbefriedigung, oder sie bleiben sämmtlich ohne solche. Da es sich jedoch von selbst versteht, daß jeder einzelne von ihnen auf die ihm gebührende Erfüllung muß dringen können: so ergiebt sich ohne Frage, daß jeder in solidum dies zu thun vermag. — Daß er dazu der Zustimmung seiner Miterben deshalb bedarf, weil die Leistung eine Verfügung auch über deren Zuständigkeit an dem Holzvorrathe und an dem Grundstücke einschliest, das ist eine Sache unter den Erben, die den Schuldner nichts angeht. Er kann in solchen Fällen nicht einmal eine Caution dafür fordern, daß der Kläger ihn demnächst gegen die Ansprüche der übrigen Gläubiger vertreten wolle: denn diese Ansprüche sind ohne weiteres und nothwendig erloschen, sobald der Kläger durch Naturalerfüllung der Obligation befriedigt worden ist. — Sollte aber einer der nichtklagenden Miterben die Naturalerfüllung vereiteln, indem er der in derselben liegenden Verfügung über seinen Erbantheil widerspricht: so ist damit die Erfüllung für den Schuldner casuell unmöglich geworden, dieser also befreiet, und die übrigen gläubigerischen Miterben können sich nur mittels der actio familiae erciscundae an denjenigen Miterben halten, dessen Widerspruch Schuld an dem geschilderten Ausgange gewesen ist.

Wird die Erbgemeinschaft aufgelöst, so ist es allerdings möglich, daß jeder der Erben eine Quote der Gesammtklafterzahl zu ausschließlichem Eigenthum bekömmt, welche seiner Erbportion entspricht. Und in diesem, übrigens rechtlich durchaus ungewissen, Falle würde er dann auch die Naturalerfüllung der Verbindlichkeit genau pro parte hereditaria vom gemeinsamen Schuldner fordern können.

Und damit freilich, selbst nach strictum jus, allein auch d ü r f e n. Wenigstens würde eine weitergehende Forderung hinsichtlich des Mehr ohne alles Interesse für ihn sein; und es muß daher eine Freisprechung des Schuldners erfolgen, sobald derselbe nur die Klafter des Klägers gespalten hat. Allein, wer sähe nicht, daß eine solche Beschränkung der Anforderung des einzelnen Erben keineswegs von der Größe seines Erbtheiles, sondern lediglich von der Art und Weise der Erbauseinandersetzung abhängt? und zunächst auf einer ganz andern Ursache als einer

quotenweisen Theilung der Forderung beruht, nämlich auf dem Mangel des Interesse? —

Endlich mag hier noch die Bemerkung Platz finden, daß, wenn bei der Theilung einer obligatio operarum nach der Zahl der Dienstleistungen die Rechnung nicht rein aufgeht, z. B. 18 Tage Dienste unter 4 Erben ex aequis partibus zu vertheilen sind, der verbleibende Rest auffeiten der Schuldner in solidum geschuldet, auffeiten der Gläubiger in solidum gefordert werden muß, also in unserm Beispiel jeder der Erben 6 Tagedienste resp. zu leisten und zu beanspruchen hat, nämlich 4 für sich allein und 2 solidarisch mit seinen Miterben. Sofern dann aber durch die Leistung an den einen die concurrirenden Ansprüche der übrigen Gläubiger nicht auch befriedigt werden, hat jener erste dem leistenden Schuldner Caution dahin zu machen, daß er ihn den andern gegenüber wenigstens materiell vertreten wolle.

§. 7. B. Auf Uebertragung des juristischen Besitzes.

Der juristische Besitz ist nach dem in der Einleitung [1]) Gesagten ein quotenweis durchaus theilbares Verhältniß. Man kann daher erwarten, daß auch eine Obligation auf Uebertragung des juristischen Besitzes durchaus quotenweise theilbar sei.

Dennoch wird wenigstens für eine Conventionalstipulation dieses Inhaltes das Gegentheil vielfach behauptet unter Berufung auf l. 72. pr. D. de V. O. 45, 1.

(Ulpianus lib. 20. ad edictum.)

> Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt: veluti viae, itineris, actus, aquaeductus caeterarumque servitutum [1a]). Idem puto, et si quis faciendum aliquid stipulatus sit: utputa fundum tradi, vel fossam fodiri, vel insulam fabricari, vel operas, vel quid his simile: horum enim divisio corrumpit stipulationem. pp.

Man hat sich dabei nicht verbergen können, daß der behauptete Satz im geraden Widerspruche stehe zu den übrigen Fällen an sich theilbarer Obligationen, welche sich durch die Form der Stipulation keineswegs in untheilbare zu verwandeln pflegen.

---

[1]) S. 13.

[1a]) d. h. Prädialservituten. S. z. B. l. 1. §. 1. D. de div. rerum. 1, 8.

Nur eine einzige Analogie hierfür hat man zu finden vermeint in l. 3. pr. D. de V. O. 45, 1.

(Ulpianus lib. 49. ad Sabinum.)

Idem juris est in illa stipulatione: mihi heredique meo habere licere?

Auch hier nämlich soll die an sich völlig theilbare Obligation auf habere licere durch die Form der Stipulation untheilbar werden [2]. Wir werden indessen später darthun, wie irrig diese Behauptung ist [3].

Damit würde denn die Stipulation auf Uebertragung des juristischen Besitzes als eine überraschende Ausnahme dastehen, falls sie wirklich untheilbar sein sollte.

Worin aber würde der Grund dafür liegen? — Es ist das in der That schwer zu sagen.

Unbefriedigt von allen bisherigen Versuchen, sie zu erklären, bestreitet deshalb von Savigny das Dasein dieser Ausnahme [4]. Ulpian, meint er, habe sich die Stipulation: fundum tradi — in der vollständigeren Fassung gedacht: „fundum tradi, et nisi traditus erit, centum dari." — Es ist dabei dem berühmten Rechtslehrer keineswegs entgangen, wie nahe der Einwurf liege, daß seine Auffassung den Ulpian „etwas ungleichartige Dinge" vermischen, ihn „also ein nicht streng logisches Verfahren" einschlagen lasse. Allein „genau dasselbe, nicht streng logische, Verfahren", meint er, finden wir in der ganzen Behandlung dieses Gegenstandes bei den alten Juristen und namentlich in den ausführlichen Stellen des Paullus: l. 2. l. 4. l. 85. D. de V. O. 45, 1. Er könne jenen Einwurf daher nicht als einen gegründeten anerkennen.

Wir wollen es hier nun nicht untersuchen, ob die römischen Juristen bisweilen, und ob insbesondere Paullus in den angeführten Stellen, den strengsten Anforderungen eines logischen Ausdruckes etwas vergeben. Der innern Logik des Gedankens sind die alten Juristen hier gewiß immer gerecht geblieben. Wenigstens dürfte zuvor der sorgfältigste Nachweis eines Verstoßes dagegen verlangt werden müssen, ehe man ihnen einen solchen zuzuschreiben befugt erscheint. Würde aber das,

---

2) S. Ribbentrop, Correalobl. S. 215 ff. Note 27. Giphanius, lect. Altorph. ad h. l. Nris. 2—4. p. 730 sq. Donell. Comment. ad Tit. D. de V. O. ad l. 3. u. s. w.

3) S. unten §. 14 zu Note 8 und §. 17 zu Note 33 und 34.

4) Obl.-R. Bd. 1. S. 339 ff.

was von Savigny den Ulpian in der l. 72. pr. thun läßt, wirklich blos ein etwas ungenaues Verfahren im Ausdrucke sein, das immerhin deshalb verziehen werden könnte, weil jedermann den von Ulpian gemeinten Sinn sofort und zweifellos verstünde? Oder beginge nicht vielmehr der alte Jurist, wenn er in der That das meinte, was von Savigny als seine Meinung ausgiebt, das Aergste, was überhaupt gegen die Gesetze nicht etwa blos des logischen Ausdruckes, sondern des logischen Denkens selber begangen werden kann? Ulpian würde alsdann das, worauf es doch ganz ausschließlich für seine Entscheidung ankäme, die Fassung des Versprechens fundum tradi als Bedingung völlig verschweigen; — und außerdem recht absichtlich zu dem falschen Glauben verführen, daß es der Inhalt dieses Versprechens selber sei, auf dem seine Entscheidung über dessen Unheilbarkeit beruhe. Recht absichtlich: indem er nicht blos die Stipulation fundum tradi unmittelbar und unscheidbar mit andern Stipulationen zusammenstellt, deren Inhalt handgreiflich quotenweis untheilbar ist, sondern indem er nachdrücklich den Inhalt dieser Stipulationen: faciendum aliquid — als wahren Grund ihrer Untheilbarkeit selbst angiebt: horum — divisio corrumpit stipulationem.

Hiernach wird es als gewiß angenommen werden müssen, daß die Stipulation: fundum tradi — ihres Inhaltes wegen allerdings untheilbar ist.

Die Menge der alten Erklärungsversuche dafür durchzugehen, das vermögen wir indessen nicht über uns zu gewinnen. Unglaublich ist in der That die Fülle des Wustes, der von Alters her über dieses fundum tradi und dessen Untheilbarkeit zu Tage gebracht ist [5]). Möge er für immer begraben bleiben!

Nach dem Erscheinen des Obligationenrechts von Savignys ist, soviel mir bekannt, kaum ein andrer neuer Versuch gemacht, die l. 72 pr. zu erklären, als derjenige Rudorffs [6]). Fundum tradi heiße ein Landgut, einen Hof, eine Stelle übergeben; und der Pflicht dazu sei nicht eher genügt, bevor nicht außer den Grundstücken auch das Wirthschafts-Inventar für dieselben überliefert worden sei. — Hierbei ist aber wohl übersehen, daß es sich in der l. 72 pr. nicht

---

5) Eine Blumenlese davon findet man bei Molinaeus, Labyrinth. Pars 2. Nris 278—300. p. 157—161 und Nris 340—354. p. 166—168, wo nicht weniger als siebzehn verschiedene Ansichten andrer über die Theilbarkeit des tradi dargestellt werden, und dann noch die eigne Meinung des Auctors das. Nris 301 sqq. p. 161 sqq.

6) zu Puchta's Pandektenvorlesungen. Bd. 2. §. 222.

darum handelt, was alles in der Verpflichtung zur Uebergabe eines Landgutes liege; sondern um die Theilung einer Obligation nach Quoten [7]). —

Also wäre denn doch die Conventionalstipulation auf Uebertragung des juristischen Besitzes untheilbar?!

Ja, könnten wir es nur erst für so ausgemacht gelten lassen, daß dies tradi mit unumstößlicher Nothwendigkeit die Uebertragung des juristischen Besitzes bedeute. Daß es diese Bedeutung haben könne, wollen wir freilich nicht bestreiten. Folgt daraus aber, daß es dieselbe stets haben müsse? daß es reine Willkür sei, das tradere auch einmal in einem andern Sinne zu verstehen? — auch dann noch Willkür, wenn gleichwohl jener andre Sinn hier der allein erträgliche Sinn ist [8])? — Oder wäre es nicht vielmehr umgekehrt reine Willkür, in unserm fundum tradi die Uebertragung des juristischen Besitzes finden zu wollen, wenn dasselbe etwas Anderes heißen kann?

Die ähnliche Zusammenstellung von Ausdrücken in l. 72. und l. 75. beweiset gar nichts für den Sinn des fundum tradi in l. 72.

Erstens sind beide Stellen aus verschiedenen Büchern von Ulpians Edictscommentare: die eine (l. 72.) aus dem 20., die andre (l. 75.) aus dem 22. Buche.

---

[7]) Verschweigen können wir wenigstens in einer Anmerkung unsere Verwunderung darüber nicht, daß noch niemand versucht hat, durch eine kleine Veränderung des Textes das Räthsel der l. 72 zu lösen. Wenn man statt fundum tradi läse: fundum radi —? eine so geringfügige Abweichung von dem, was wirklich geschrieben ist! Einen nicht übeln Sinn gäbe es ohne Frage. Radere wird ja vom Glätten, Planiren des Grundes und Bodens gebraucht.

> Columella II. 20. pr. Area quoque, si terrena erit, ut sit ad trituram satis habilis, primum radatur.

Und wie vortrefflich paßt dies gerade zu dem Worte fundus!

> Festus: Fundus dicitur ager, quod planus sit, ad similitudinem fundi vasorum.

Was will man also mehr?! — Und so hätten wir denn eine Stipulation, die sich jedenfalls als völlig gleichartig dem fossam fodiri, insulam fabricari u. s. w. an die Seite stellt.

Schade drum, daß einmal tradi dasteht! —

[8]) Vgl. Ribbentrop, a. a. O. S. 216. Note 27. „Nun wird zwar behauptet, — [es] gehe — das tradere — auf bloße naturalis possessio, allein dies wird doch rein in die Stelle(n) hineingetragen, und ich kann mich nicht überzeugen, daß z. B. die l. 72. ein anderes tradi meine, als die l. 75. §. 7. eod., wenn sie als Stipulationen in faciendo die Stipulationen fossam fodiri, domum aedificari, vacuam possessionem tradi zusammenstellt."

Sodann ist es ein sehr verschiedener Gegenstand, den Ulpian in beiden Stellen behandelt, wenn schon in beiden von Obligationen auf facere die Rede ist. In l. 75. ist es die Untersuchung darüber, ob eine Stipulation auf ein certum oder auf ein incertum gerichtet sei, welche den Juristen beschäftigt. Nachdem er mehrere Fälle als incerti obligationes hingestellt hat, in denen die Stipulation auf dare gefaßt war; bemerkt er in §. 7., daß die Stipulationen immer incertae sind, wenn sie auf etwas Anderes als dare lauten. Dieses Andre kann positiv oder negativ sein. Wie nun in einer Stipulation dare die Uebertragung eines civilen dinglichen Rechtes bedeutet [8a]), so heißt jeder andre Inhalt einer Leistung im Gegensatze dazu facere, oder, ist er negativ, non facere. Klar ist es also, daß facere hier, in ähnlicher Weise wie bei der Fassung der Klag-Intentionen, auch die Uebertragung eines nichtcivilen dinglichen und eines jeden andern Rechtes begreift, welche nicht unter das dare fallen. Nicht minder freilich auch diejenigen obligatorischen Leistungen, welche in irgend einer andern positiven Handlung, als der Uebertragung eines derartigen Rechtes, bestehen. Allein diese keineswegs ausschließlich. — Die Beispiele, deren Ulpian sich zur Veranschaulichung seiner Behauptung bedient, können daher umfassen sowohl Obligationen auf Uebertragung eines derartigen Rechtes, wie z. B. des juristischen Besitzes, als Obligationen auf eine vermögensrechtliche positive Leistung, durch welche ein Recht überhaupt nicht übertragen wird, auf ein facere in diesem Sinne, wie fossam fodiri u. s. w.

l. 75. §. 7. D. de V. O. 45, 1. Ulpianus lib. 22. ad edictum.

> Qui id, quod in faciendo aut non faciendo, stipulatur, incertum stipulari videtur. in faciendo, veluti fossam fodiri, domum aedificari, vacuam passessionem tradi pp.

In l. 72. pr. hingegen ist es die Untheilbarkeit der Stipulationen, was Ulpianen beschäftigt. Und bei dieser Untersuchung ist es nicht sowohl die Form der Stipulation auf dare oder facere oder non facere, wovon er deren Theilbarkeit oder Untheilbarkeit abhängig findet, als vielmehr ihr Inhalt. Zunächst erscheinen ihm die Stipulationen untheilbar auf Uebertragung von res (incorporales, also Rechten), quae divisionem non recipiunt, namentlich auf Prädialservituten. Sodann aber stipulationes auf faciendum aliquid.

8a) S. v. Savigny, Syst. Bd. V. Beil. XIV. Nro. V. Note i. S. 516.

Gemäß dem Gegensatze, welcher nicht dare, d. h. Uebertragung von civilen dinglichen Rechten, sondern Uebertragung von Rechten überhaupt ist, kann faciendum aliquid also nichts Anderes bedeuten, als eine obligatorische Leistung, die nicht in der Uebertragung eines Rechtes besteht, mithin irgend eine andre positive Handlung (ein factum nudum) von Vermögenswerth für den Gläubiger. — Daß unter den Beispielen für ein solches facere nicht wohl die Verpflichtung zur Uebertragung des juristisches Besitzes figuriren könne: ergiebt sich demnach von selber. Denn, wenn man auch nicht willens ist, den juristischen Besitz als ein Recht gelten zu lassen; so wird man doch das nicht leugnen dürfen, daß der juristische Besitz ein vom Rechte anerkanntes, als solches mit rechtlichem Schutze ausgerüstetes Verhältniß, ein rechtliches Verhältniß sei. Und insofern steht es jedenfalls in einem sehr ausgesprochenen Gegensatze zum facere in dem hier in Betracht kommenden Sinne, zu einem s. g. nudum factum. Man vergleiche darüber zum Ueberflusse Ulpianen selber.

l. 52. §. 1. D. de V. O. 45, 1. (lib. 7. disputationum.)

> Si quis vacuam possessionem tradi promiserit, non nudum factum haec stipulatio continebit, sed caussam bonorum.

Dies vacuam possessionem tradi ist aber recht eigentlich der genaue technische Ausdruck für Uebertragung des juristischen Besitzes. Insbesondere wird er technisch gebraucht, die Pflicht des Verkäufers einer Sache zu bezeichnen. Daß er in dieser Anwendung noch ein Mehreres bedeutet, nämlich die Uebertragung eines den ganz freien, ungestörten Genuß gewährenden Besitzes [9]), — raubt ihm jedenfalls jene vorwiegende Bedeutung nicht, auf die es uns hier allein ankömmt [10]).

Tradere rem wird dagegen nicht nur von der Uebertragung des juristischen Besitzes, sondern ebensowohl von derjenigen der bloßen

---

9) S. darüber v. Savigny, das Recht des Besitzes. §. 12. a. E. — l. 2. §. 1. D. de A. E. et V. 19, 1.

10) S. über diese Bedeutung Brissonius de V. S. sub v. vacuus. — Aehnlich wird auch possessionem tradere von der Uebertragung des juristischen Besitzes z. B. infolge eines Kaufgeschäftes gebraucht, s. etwa Fragm. Vat. §§. 2. 7. — l. 2. Cod. de rem. pign. 8, 26. — S. auch Sintenis, Gegenstand der Klagen 2c. aus Oblig. ad faciend. in der Ztschr. für Civilr. u. Pr. Bd. 11. S. 29. f. (1837.)

Detention gebraucht. So vom Deponenten; von der Uebertragung an den Nutznießer; vom Commodatar und Depositar, die gar nicht den juristischen Besitz haben [10a]).

Ist aber mit diesen Beispielen, deren Zahl sich leicht noch vermehren ließe [11]), unzweifelhaft erwiesen, daß fundum tradi die Uebertragung des juristischen Besitzes nicht zu bedeuten braucht: so, dünkt mich, ist es, nach dem Gesagten, ohne weiteres klar, daß jener Ausdruck in l. 72. pr. cit. den juristischen Besitz nicht bezeichnen kann.

Versteht man nun das fundum tradi von der Uebertragung des blos natürlichen Besitzes, der Detention, so haben die Worte gar keine Schwierigkeit. Die Detention ist ein quotenweise untheilbares Verhältniß, wie wir oben schon ausgeführt haben [12]); — die Verpflichtung, sie zu übertragen, muß daher ebenfalls quotenweis untheilbar sein.

Eine solche Verpflichtung aber auf Uebertragung der Detention ist z. B. die Pflicht des Depositars, des Commodatars, des Usufructuars, des Miethers und Pächters auf Rückgabe der deponirten, der commodirten, der dem Nießbrauche unterworfenen, der vermietheten und verpachteten Sache; sowie umgekehrt der Vermiether und Verpächter einer Sache und nicht minder der Eigenthümer einer dem Nießbrauche unterliegenden Sache zum Uebertragen der Detention an dieser Sache verpflichtet erscheint. Daß in den zuerst aufgezählten Fällen jene Verpflichtung regelmäßig als restituere, reddere oder dergleichen bezeichnet wird, ändert an ihrem Inhalte nichts. Und von diesem Inhalte hat namentlich Ribbentrop auf das allerunwiderlegbarste dargethan, daß er untheilbar sei, und als solcher natürlich auch in den Quellen anerkannt werde [13]).

10a) §. 3. J. quib. mod. re contr. 3, 14. — l. 7. pr. l. 12. D. usufr. quemadm. cav. 7, 9. — l. 20. D. commod. 13, 6. l. 1. §§. 36. 37. D. dep. 16, 3.

11) Auf l. 28. D. de V. O. 45, 1. (Paullus.) Si rem tradi stipulamur, non intelligimur proprietatem ejus dari stipulatori, sed tantum tradi — will ich mich aus naheliegenden Gründen nicht berufen. S. Sintenis a. a. O. S. 30. Vgl. etwa l. 4. pr. D. de usuris. 22, 1.

S. ferner etwa l. 8. §. 10. l. 12. §. 8. D. mand. 17, 1.

12) S. §. 2. S. 6.

13) Correalobl. §. 19. S. 121 ff. namentlich S. 129. — Sofern die genannten Fälle obligationes bonae fidei sind, werden wir später darauf zurückkommen. §. 29. — Vgl. übrigens etwa auch Brinz, Notamina ad usumfr. p. 13. med.

Irgend ein solcher oder ein ähnlicher Fall in eine Stipulation gebracht ist es nun, was Ulpian mit dem fundum tradi der l. 72. pr. cit. meint. Wir haben es also in der That mit etwas ganz Anderm zu thun als mit einer Obligation auf Uebertragung des juristischen Besitzes. Das „rein Factische" [14]) aber, welches demnach den Gegenstand unserer Obligation bildet, mag mit den übrigen obligationes stricti juris auf faciendum aliquid seines Ortes eine allgemein eingehende Besprechung finden.

Hier wollen wir nur noch die Hoffnung ausdrücken, daß die vorstehende Erklärung nunmehr größern Beifall finde, als da Eguinarius Baro sie vor dreihundert Jahren zuerst bestimmt und scharf genug vorgetragen hatte [15]). Denn damals durfte Molinaeus [16]) von ihr sagen:

> „Atqui haec opinio, quamvis artificiose elaborata, delirior est prioribus supra confutatis!" —

§. 8. C. Auf Bestellung von Prädialservituten.

Eine jede Obligation auf Bestellung einer untheilbaren Prädialservitut ist selber untheilbar.

l. 17. D. de servitutibus. 8, 1. (Pomponius lib. singul. regularum.)

> Viae, itineris, aquaeductus pars in obligationem deduci non postest: quia usus eorum indivisus est. pp.

l. 2. §. 1. D. de V. O. 45, 1. (Paullus lib. 12. ad Sabinum.)

> — quaedam [stipulationum] [partium praestationem] non recipiunt, ut in his, quae natura divisionem non admittunt, veluti quum viam, iter, actum stipulamur. pp.

l. 72. pr. eod. (Ulpianus lib. 20. ad edictum.)

> Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt: veluti viae, itineris, actus, aquaeductus, caeterarumque servitutum. pp.

---

14) Ribbentrop, a. a. O. S. 129.

15) ad l. 4. §. 2. D. de V. O. i. f. ad l. 28. eod. u. a. a. O. — S. auch Duarenus, ad l. 72. cit. ad v. Fundum tradi]. Sc. Gentilis, c. l. p. 150 oben und p. 154 sqq. — Einigermaßen dunkel mußte der Menge das ganze Verhältniß bleiben, solange die Lehre vom Besitze dies war.

16) c. l. P. 2. Nris. 340—351. p. 166 sq.

l. 13. §. 1. D. de acceptilatione. 46, 4. (Ulpianus lib. 50. ad Sabinum.)

Si id, quod in stipulationem deductum est, divisionem non recipiat: acceptilatio in partem nullius erit momenti. utputa si servitus fuit praedii rustici vel urbani. pp.

Und das Gleiche gilt natürlich nicht minder für die andern Fälle einer stricta obligatio, namentlich auch für denjenigen des Legates [1]) (im justinianeischen Rechte auch des Schenkungsversprechens).

Was nun insbesondere den Uebergang einer obligatio stricta des fraglichen Inhaltes auf die Erben der ursprünglichen Obligationssubjecte betrifft: so ist es nach den Quellen zweifellos, daß die mehreren Erben des Schuldners für die Naturalerfüllung [2]) der von ihrem Erblasser übernommenen Verbindlichkeit in solidum haften.

l. 2. cit. §. 2. D. de V. O. 45, 1.

— Et ideo si divisionem res promissa non recipit, veluti via: heredes promissoris singuli in solidum tenentur.

l. 17. D. de servitutt. cit. 8, 1.

— si promissor decesserit, pluribus heredibus relictis, a singulis heredibus solida petitio est.

Die rechtliche Möglichkeit der Naturalerfüllung wird in diesem Falle auch nicht im geringsten beeinträchtigt durch die Auseinandersetzung der Erben, infolge deren etwa einer derselben oder ein Dritter das Eigenthum an dem Grundstücke erhält, das mit der geschuldeten Servitut belastet werden soll. Denn so gut jemand von vornherein gültig die Verpflichtung übernehmen kann, eine Servitut einem Grundstücke aufzulegen, das nicht ihm gehört: so gut dauert ganz unzweifelhaft die Verpflichtung zur Bestellung einer Servitut fort, wenn das Grundstück, auf welches dieselbe gelegt werden soll, aus dem bisherigen Eigenthume des Schuldners herausfällt.

l. 25. §. 10. D familiae erciscundae. (Paullus lib. 23. ad edictum.)

---

1) l. 25. §. 11. D. fam. ercisc. 10, 2. l. 80. §. 1. D. ad leg. Falcid. 35, 2. Vgl. v. Savigny, Obl.-R. Bd. 1. §. 34. Note b. — l. 11. §. 24. D. de legat. III. handelt von Fideicommissen.

2) Unter dem Ausdrucke: Naturalerfüllung will ich hier wie später immer die Leistung dessen verstehen, was ursprünglich in solutione ist.

Contra si promissor viae decesserit pluribus heredibus institutis, nec dividitur obligatio, nec dubium est, quin duret: quoniam viam promittere et is potest, qui fundum non habet. pp.

Immer freilich hängt die thatsächliche Möglichkeit der Naturalerfüllung von der Zustimmung desjenigen oder derjenigen ab, der oder denen das Eigenthum oder das Miteigenthum an dem fundus serviturus zusteht. Allein es ist Sache des Schuldners, diese Zustimmung zu erwirken. In Ermangelung derselben haftet er daher dem Gläubiger für die Litisästimation in solidum [2a]).

Sofern nun die Miterben als Miteigenthümer des fundus serviturus es sind, deren Zustimmung die Naturalerfüllung der von ihrem Erblasser übernommenen Obligation auf Bestellung einer Prädialservitut bedingt, also vor der Erbauseinandersetzung, — ist jeder einzelne von sämmtlichen Miterben rücksichtlich dieser Zustimmung vonseiten der übrigen gedeckt. Denn derjenige von ihnen, der durch die Verweigerung seiner Zustimmung zur Bestellung der Servitut die Naturalerfüllung vereitelt, eben dadurch aber den auf dieselbe belangten Miterben der Condemnation auf die Litisästimation ausgesetzt hat, wird diesem mittels der actio familiae erciscundae zur Schadlosstellung gehalten.

l. 2. §. 2. D. de V. O. cit.

Sed quo casu unus ex heredibus solidum praestiterit: repetitionem habebit a coherede familiae erciscundae judicio [2b]).

Gehört der fundus serviturus gar nicht zur Erbmasse, so wird der auf Bestellung der Servitut belangte Erbe entweder den Eigengenthümer jenes Grundstückes, und zwar regelmäßig nur gegen eine Entschädigung, zur Bestellung der Servitut veranlassen; oder aber er wird, wo das sei es völlig unerreichbar, sei es wegen übermäßiges

---

[2a]) Ich will es hier dahin gestellt sein lassen, ob bei den condictiones certi auf die Bestellung einer Prädialservitut diese Litisästimation im Interesse des Gläubigers, oder aber in der vera rei aestimatio bestanden habe. Vgl. Fr. Mommsen, Interesse. §. 10. a. E. Mit Gewißheit war das Letztere der Fall, wenn die Obligation durch Legat begründet war, der fundus serviturus aber nicht im ausschließlichen Eigenthume des Onerirten steht, und dieser die Servitut deshalb nicht wirklich herzustellen vermag. §. 4. J. de legat. 2, 20. l. 71. §. 3. D. de legat. I. Mommsen, a. a. O. §. 11.

[2b]) Vgl. l. 25. §. 12. D. fam. ercisc. 10, 2.

Entschädigungsansprüche des Eigenthümers unthunlich ist, statt der Naturalerfüllung dem Gläubiger die Litisästimation leisten. Ist nun das eine oder das andre vor der Erbauseinandersetzung geschehen, so wird diese dem belangten Erben Gelegenheit zur Erholung an den Miterben gewähren; — steht im Augenblicke der Erbauseinandersetzung die Erfüllung der Obligation noch bevor: so mag sich jeder der mehreren Erben durch Cautionen jene Erholung sichern.

Gleiche Cautionen werden endlich auch dann begehrt werden können, wenn der fundus serviturus zur Erbmasse gehört, aber, infolge der Erbauseinandersetzung, noch vor der Erfüllung der Obligation aus dem gemeinsamen Eigenthume der Erben herauskömmt. Wird er dabei etwa einem oder einigen der Erben zugesprochen, so muß dieser oder so müssen diese für die Bestellung der geschuldeten Servitut caviren. Wird er aber an einen Dritten veräußert, so ist es Sache der veräußernden Erben, sich von diesem Dritten der Bestellung der Servitut zu versichern. Für den Fall jedoch, daß sie das, aus welchem Grunde auch immer, unterlassen hätten, oder daß der Ausgang die erlangte Sicherheit künftig vielleicht als ungenügend erweisen sollte, können sie sich wiederum nur durch Cautionen von einander decken.

l. 25. §. 10. cit. D. fam. ercisc. 10, 2.

> — Igitur, quia singuli in solidum tenentur, officio judicis cautiones interponi debere, ut si quis ex his conventus litis aestimationem praestiterit, id pro parte a caeteris consequatur.

Diese Stelle sowie insbesondere l. 2. §. 2. cit. de V. O. 45, 1. erweiset zugleich, daß der einzelne Erbe des promissor servitutis nicht blos für die, an sich untheilbare, Naturalerfüllung, sondern auch für die, an sich theilbare, Leistung der Litisästimation in solidum [3]) haftet.

Den Uebergang einer obligatio stricta auf Bestellung einer untheilbaren Prädialservitut auf die mehreren Erben des Gläubigers behandeln die folgenden Stellen:

l. 2. §. 2. cit. D. de V. O. 45, 1.

> — Ex quo quidem accidere Pomponius ait, ut et stipulatoris viae vel itineris heredes singuli in solidum habeant actionem. sed quidam hoc casu exstingui sti-

---

[3]) S. Ribbentrop, a. a. O. S. 231 ff. v. Savigny, Obligationenrecht. §. 34. sub A. I. S. 357. v. Vangerow, Lehrb. d. Pand. §. 567. Anm. 2. sub I. 1. S. 8 f.

pulationem putant: quia per singulos adquiri servitus non potest: sed non facit inutilem stipulationem difficultas praestationis.

l. 19. D. de S. Pr. R. 8, 3. (Paullus lib. 6. ad Sabinum.)

Si unus ex sociis stipuletur iter ad communem fundum, inutilis est stipulatio: quia nec dari postest. sed si omnes stipulentur, sive communis servus, singuli ex sociis, sibi dari oportere, petere possunt, quia ita dari eis potest a te. ne, si stipulator viae plures heredes reliquerit, inutilis stipulatio fiat.

l. 140. §. 2. D. de V. O. 45, 1. (Paullus lib. 3. ad Neratium.)

— si is, qui stipulatus fuerat [viam etc.], duos heredes reliquerit, non exstinguitur stipulatio. pp.

l. 2. D. de servitute legata. 33, 3. (Marcellus lib. 13. Dig.)

Fundum communem habentibus legari potest via: quum et communis servus recte viam stipulatur. et quum duo ei, qui ipse viam stipulatus fuerit, heredes exstiterint, non corrumpitur stipulatio.

l. 25. cit. §. 9. D. fam. ercisc. 10, 2.

An ea stipulatio, qua singuli heredes in solidum habent actionem, veniat in hoc judicium, dubitatur: veluti si is, qui viam, iter, actum stipulatus erat, decesserit: quia talis stipulatio per legem duodecim tabularum non dividitur, quia nec potest? Sed verius est, non venire eam in judicium, sed omnibus in solidum competere actionem: et si non praestetur via, pro parte hereditaria condemnationem fieri oportet.

Auch auf der activen Seite also geht eine derartige obligatio stricta auf die Erben über. Und zwar selbstverständlich so, daß jeder derselben auf die Naturalerfüllung in solidum klagen kann.

Es fragt sich aber, wie lange die Möglichkeit einer Klage in diesem Falle dauert?

Die classische Jurisprudenz der Römer hat das directe Versprechen einer Leistung an einen Dritten überhaupt für den gültigen Gegenstand einer Obligation erklärt, falls nur die allgemeine Voraussetzung einer solchen, Vermögensinteresse des Gläubigers, vorhanden

ist[4]). So gut, wie nun unter dieser Voraussetzung die Stipulation: promittisne Titio fundum Cornelianum dari? gültig ist, — so gut muß es auch die Stipulation sein: promittisne efficere, ut servitus viae sit ad fundum Cornelianum? Denn es ist in der That nicht abzusehen, weshalb die Gültigkeit der letztern Stipulation durch den Umstand vereitelt werden soll, daß nicht der Stipulator, sondern nur ein Dritter, nämlich der Eigenthümer des fundus Cornelianus, die versprochene Servitut wirklich zu erwerben vermag. Auch das Eigenthum an einer Sache, welches dem Titius stipulirt ist, vermag ja niemand als dieser Titius selbst (oder dessen Stellvertreter) zu erwerben. Und so wenig die Stipulation: promittisne domum in hac area aedificari? ungültig wird, wenn der Stipulator das Eigenthum des Platzes veräußert, auf welchem das Haus erbaut werden soll, sobald er nur an der Erbauung desselben ein fortdauerndes Interesse behält, etwa weil er seinerseits dem Erwerber jenes Platzes die Erbauung zugesichert hat: so wenig wird auch die Stipulation: promittisne efficere, ut servitus viae sit ad fundum Cornelianum? — erlöschen, wenn der Stipulator das Eigenthum jenes fundus veräußert, sobald er nur an der Bestellung der Wegegerechtigkeit für den fundus Cornelianus ein fortdauerndes Interesse behält, etwa weil er seinerseits dem Erwerber dieses fundus die Bestellung der ihm selber zugesicherten Servitut weiter zugesichert hat[4a]). Was aber von einem Nichteigenthümer des fundus dominaturus gilt, das muß um so mehr von einem Miteigenthümer gelten.

Allein, wir dürfen über diesen Deductionen aus dem materiellen Rechte das nie außer Augen lassen, daß diese Ergebnisse sich nur da wirklich herauszustellen vermögen, wo die Form der einzelnen Obligation sie zuläßt. M. a. W. daraus, daß auch der Nichteigenthümer eines Grundstückes für dieses Grundstück eine Servitut stipuliren kann, folgt noch gar nicht, daß er dies in eben derselben Form thun könne, in welcher es der Eigenthümer des Grundstückes zu thun pflegt. Und weiter wäre es sehr möglich, daß gerade die gewöhnliche Form, in welcher der Eigenthümer eines Grundstückes für dasselbe eine Servitut stipulirt, den Untergang dieser Stipulation nothwendig machte, sobald ein Wechsel in jenem Eigenthume eintritt.

Die gewöhnliche Form für diejenige Stipulation, kraft deren der

---

4) l. 38. §§. 20—23. D. de V. O. 45, 1. §. 20. J. de inutil. stip. 3, 19.
4a) Vgl. l. 8. pr. D. de A. E. et V. 19, 1.

Eigenthümer eines Grundstückes die Forderung auf Bestellung einer civilen Servitut für dasselbe erwirbt, ist nun diese: spondesne, mihi viam ad fundum Cornelianum dari? — oder: spondesne, viam ad fundum Cornelianum dari? wozu nothwendig mihi zu ergänzen ist[5]); und diese Form haben die alten Juristen im Sinne, wenn sie schlechthin von der stipulatio viae ꝛc. reden[6]). Es ist aber ohne weiteres einleuchtend, daß in dieser Form nur derjenige eine Servitut für ein Grundstück zu stipuliren vermag, dem das ganze Eigenthum an jenem Grundstücke zusteht[7]). Und ebenso einleuchtend, daß eine Stipulation, welche in der angegebenen Weise eingegangen ist, hinfällig werden muß, sobald ein völliger oder quotenweiser[7a]) Wechsel im Eigenthume des fundus dominaturus, abgesehen von dem bloßen Erbgange, eintritt.

1) l. 19. D. cit. de S. Pr. R. 8, 3. (s. oben S. 48).

l. 140. §. 2. D. cit. de V. O. 45, 1. — ecce stipulari viam, itera, actum ad fundum communem socius non potest. pp.

2) l. 11. D. de servitutibus. 8, 1. (Modestinus lib. 6. differentiarum.)

Pro parte dominii servitutem adquiri non posse, vulgo traditur. Et ideo, si quis fundum habens viam stipuletur, et partem fundi sui postea alienet, corrumpit stipulationem, in eum casum deducendo, a quo stipulatio incipere non possit. pp.

l. 136. §. 1. D. de V. O. 45, 1. (Paullus lib. 5 sententiarum.)

Si qui viam ad fundum suum dari stipulatus fuerit, postea fundum partemve ejus ante constitutam servitutem alienaverit.: evanescit stipulatio[8]).

---

5) Vgl. etwa l. 38. cit. §. 5. und §. 11. D. 45, 1.

6) Vat. fragm. §. 56. l. 29. §. 1. l. 82. pr. D. de V. O. 45, 1.

7) Auf diese Form daher ist die objective Unmöglichkeit der Erfüllung einzuschränken, welche Elvers, die röm. Servitutenlehre. §. 65. S. 711. für jede Stipulation auf Bestellung einer Servitut für ein fremdes Grundstück annimmt.

7a) Ob dagegen die Veräußerung eines reellen Theiles des fundus dominaturus die obligatio servitutis zerstört, das ist quaestio facti. Es kömmt nämlich darauf an, ob die Servitut für den zurückbehaltenen reellen Theil noch bestellt werden kann oder nicht. In den folgenden Stellen heißt pars fundi immer: Quote des Eigenthumes, ideeller Theil.

8) Vgl. auch l. 98. pr. D. de V. O. 45, 1. Vat. fragm. §. 56.

Man möchte freilich geneigt sein, zu meinen, daß trotzdem wenigstens die einmal in dieser Form gültig errichtete Obligation auf Bestellung einer Prädialservitut hätte aufrecht erhalten werden können, wenn auch der Stipulator das Eigenthum des Grundstückes veräußerte, für welches die Servitut bestellt werden sollte. Nämlich durch Uebertragung jener Obligation auf den Erwerber des fraglichen Grundstückes. Natürlich hätte diese Uebertragung genau auf denselben Augenblick abgestellt werden müssen, in welchem das, die Gültigkeit der Forderung bedingende, Eigenthum des Grundstückes von dem bisherigen auf den nunmehrigen Gläubiger übergeht. Und in der That mag in solcher Weise, mit der präcisesten Fassung auf den Moment des Eigenthumsüberganges, nicht selten die alte, nicht länger haltbare Obligation des bisherigen Eigenthümers zugunsten des nunmehrigen Eigenthümers novirt worden sein, namentlich etwa dann, wenn diese Obligation an eine Bedingung oder an eine Zeitbestimmung geknüpft war, die ihre augenblickliche Erfüllung unstatthaft machte. Eine eigentliche Uebertragung aber der Obligation vonseiten des bisherigen Gläubigers auf den Erwerber seines Grundstückes war nach Civilrecht aus dem bekannten Grunde nicht möglich, weil dasselbe eine Singularsuccession in Obligationen nicht kennt. Das prätorische Recht hat nun zwar eine solche Singularsuccession jedenfalls dem Erfolge nach eingeführt, wo anders durch die Cession einer Forderung der Cessionar ganz und gar an die Stelle des Cedenten tritt, sobald er dem debitor cessus gegenüber in gehöriger Form als Forderungsberechtigter aufgetreten ist. Allein auch die Bestimmungen des prätorischen Rechtes würden in dem von uns besprochenen Falle nicht bewirken können, daß die Obligation vom Veräußerer auf den Erwerber des fundus dominaturus übergehe. Denn nach diesen Bestimmungen wird noch zu Justinians Zeit das civilrechtliche Fortbestehen der Forderung des Cedenten vorausgesetzt, als dessen Klagbevollmächtigter der Cessionar erscheint. Und gerade diese civilrechtliche Fortexistenz der Obligation auf Bestellung einer Prädialservitut nach Veräußerung des fundus dominaturus leugnen, wie wir gesehen haben, die römischen Juristen.

Die regelmäßige Stipulation eines Grundeigenthümers auf Bestellung einer Prädialservitut erlischt also nach römischem Rechte mit unabwendbarer Nothwendigkeit, sobald ein, völliger oder theilweiser, Wechsel im Eigenthume des fundus dominaturus eingetreten ist. Als

ein solcher Wechsel wird übrigens, wie wir gesehen haben, der Erbfall an sich auch dann nicht betrachtet, wenn mehrere Erben da sind.

Wenn das Eigenthum am fundus dominaturus pro parte indivisa von vornherein mehreren zusteht, so ist es für die Gültigkeit jener stipulatio servitutis zugunsten desselben unerläßliche Voraussetzung, daß alle Miteigenthümer stipuliren, wie ja nur durch übereinstimmende Erwerbshandlung aller einzelnen Miteigenthümer dem Grundstücke eine solche Servitut erworben werden kann [9]. Veräußert auch nur einer von ihnen seinen Eigenthumsantheil vor der wirklichen Erwerbung der Servitut: so muß nach dem Gesagten die Stipulation unwiederbringlich erlöschen.

Das Gleiche aber muß folgerichtig auch dann gelten, wenn einer von mehreren Erben, die infolge des Erbganges Miteigenthümer eines Grundstücks und Gläubiger der fraglichen Stipulation auf Bestellung einer Servitut für dieses Grundstück geworden sind, seinen Eigenthumsantheil am letztern veräußert. Da jedoch eine jede Erbauseinandersetzung wenigstens für einen der Miterben den Erfolg einer Veräußerung seines Eigenthumsantheiles an den einzelnen Erbschaftssachen hat: so ergiebt sich daraus, daß die Stipulation auf Bestellung einer Prädialservitut jedenfalls nur während der ungetheilten Erbgemeinschaft von den Erben des Gläubigers geltend gemacht werden kann, — mit der Erbauseinandersetzung aber unvermeidlich untergeht [10].

Dieser Satz, den wir durch Deduction gefunden haben, giebt nun zweien hierher gehörigen Quellenäußerungen erst die hinlängliche Erklärung, wie er umgekehrt durch sie seine letzte Beglaubigung erhält.

Zunächst tritt durch ihn die volle Bedeutung der l. 25. §. 10. cit. D. fam. ercisc. 10, 2. heraus. Es ist hier die Rede von dem passiven Uebergange der Stipulation auf Bestellung einer Prädialservitut im Falle mehrerer Erben; und davon heißt es: nec dividitur obligatio, nec dubium est, quin duret [11]: quoniam viam promittere et is potest, qui fundum non habet. Die Veränderung in den Eigenthumsverhältnissen des fundus servi-

---

[9] l. 18. D. comm. praed. 8, 4.

[10] A. M. z. B. Cujacius, ad h. l. — Potest enim accidere, ut ei soli, qui agit, cedatur [sc. servitus], puta fundo ei adjudicato.

[11] Ganz eigenthümlich urgirt Brinz, Kritische Blätter, Nr. 4. Erlangen 1853. S. 12 unten — diese Worte so, als ob darin die fortdauernde Einheit der auf die mehreren Erben des Schuldners übergegangenen untheilbaren Obligation ausgedrückt sein sollte.

turus, wie sie infolge des Erbganges durch Erbauseinandersetzung unvermeidlich herbeigeführt wird, soll keinen Einfluß auf die Gültigkeit der fraglichen Obligation haben: denn diese Gültigkeit ist überhaupt nicht durch jene Eigenthumsverhältnisse bedingt. Wird jene Aeußerung nicht erst inhaltsreich, ja nothwendig durch das argumentum a contrario? Oder wäre dies zu gewagt? — Aber freilich, es ist ja bekannt genug, daß die Gültigkeit der Stipulation: viam dari — vorwiegend abhängt von dem fortdauernden Eigenthume des Stipulator am fundus dominaturus [11a]).

Weiter liegt in unserm Satze der Schlüssel für das Verständniß einer Behauptung der l. 25. §. 9. cit., welche von den bisherigen Interpreten nur stillschweigend aufgenommen ist. Wir meinen die Behauptung, daß allen Erben des stipulator servitutis die Klage auf Bestellung der Servitut zustehen, und daß ein jeder derselben die Litisästimation wegen dieses Anspruchs pro parte hereditaria erhalten soll. — Die erstere Hälfte dieser Behauptung nämlich hat schlechthin nur dann Sinn, wenn die Existenz des Anspruchs überhaupt auf die Zeit vor der Erbauseinandersetzung beschränkt ist. Denn infolge der Erbauseinandersetzung verliert mindestens der eine von den mehreren Erben mit seinem Eigenthumsantheile am fundus dominaturus, wie wir gesehen haben, wegen der Unmöglichkeit der Erfüllung, auch sein Forderungsrecht. Von einer Condemnation zugunsten dieses Erben kann daher überhaupt nicht mehr die Rede sein. — Noch prägnanter ist die zweite Hälfte jener Behauptung, freilich unter der Voraussetzung, daß die Condemnation aus der condictio certa servitutis auf das Interesse des Gläubigers gegangen sei [11b]). Wenn nämlich als Litisästimation das Geldinteresse geleistet werden muß, so wird dem einzelnen von mehreren zu einem untheilbaren Anspruche Berechtigten gerade sein individuelles Interesse hieran zugesprochen [12]). Im allgemeinen werden nun die Interessebeträge der einzelnen Berechtigten keineswegs im Verhältnisse der Erb- oder Eigenthumsquoten, auf welchen ihre Ansprüche beruhen, oder gar im Verhältnisse von Kopf-

---

11a) Das Contra, mit dem §. 10. cit. dem §. 9. sich anschließt, wollen wir hierfür freilich nicht betonen. Vgl. über contra etwa §. 10. J. de grad. cogn. 3, 6. §. 5. J. de inutil. stipp. 3, 19. §. 1. J. de obl. quasi ex contr. 3, 27. §. 2. J. de actt. 4, 6. u. s. w.

11b) S. oben Note 2a.)

12) l. 4. §. 3. D. si servit. vind. 8, 5. — l. 11. §. 4. D. de a. et a. pl. a. a. 39, 3. — S. unten §. 14. Note 22. Vgl. auch §. 19. Note 77.

theilen stehen. Vielmehr kann das Interesse des einzelnen von dem Interesse der übrigen sehr verschieden sein, indem z. B. von mehreren Servitutberechtigten nur der eine in der Ausübung der dem gemeinsamen Grundstücke zustehenden Servitut verhindert worden ist, der andere nicht, mithin zwar der erste Schaden erlitten hat, nicht aber auch der andere. Woher kömmt es also, daß bei der stipulatio servitutis der einzelne von mehreren Erben eine Condemnation gerade nur auf seinen Erbtheil von der gesammten Litisästimation durchzusetzen vermag? Daher, meinen wir, weil die Geltendmachung der Stipulation überhaupt nur solange möglich ist, als die einzelnen Erben des Stipulator das praedium dominaturum noch in ungetheilter Erbgemeinschaft besitzen. Denn solange wird das Interesse, das ein jeder von ihnen an der Realisirung der Forderung hat, zu dem Interesse seiner Miterben genau im Verhältnisse ihrer Erbtheile stehen. Würde dagegen auch nach Aufhebung der Erbgemeinschaft die Stipulation noch geltend gemacht werden können, so müßte im Verhältniß zu der ganzen möglichen Condemnationssumme das Interesse eines Erben, dem bei der Erbauseinandersetzung das ganze Eigenthum am fundus dominaturus zugesprochen ist, weit größer, das Interesse eines andern Erben oft weit kleiner sein, als seine Erbquote, ja, nicht selten geradezu gleich null. —

Bedingung also für die Fortdauer der Obligation auf Bestellung einer Prädialservitut für den Fall des Ueberganges derselben auf mehrere Erben des Gläubigers ist dies, daß die Erbgemeinschaft unter ihnen fortdauert.

Klagt jetzt einer jener mehreren Erben auf Naturalerfüllung: so kömmt es darauf an, ob auch die übrigen gläubigerischen Erben die Mitwirkung gewähren wollen, welche zum wirklichen Erwerbe der geforderten Servitut für das gemeinsame Grundstück unerläßliche Voraussetzung ist. Zu classischer Zeit muste diese Mitwirkung in der Vornahme der in jure cessio oder, bei Rusticalservituten, auch mittels der mancipatio geschehen, — wodurch sie allerdings ziemlich umständlich wurde. Nimmt man an, daß im justinianeischen Rechte zur Bestellung einer Servitut die Uebertragung der juris quasi possessio derselben nothwendig ist, so würden alle Miterben sich tradiren lassen müssen; nach der gewöhnlichen Ansicht, welche die quasi traditio nicht erfordert, wird die einfache Zustimmung der Erben zum Erwerbe der Servitut genügen.

In der Weitläufigkeit des geschilderten Verfahrens erblickt die

gewöhnliche Auffassung jene difficultas praestationis, welche, nach dem Berichte des Paullus in l. 2. §. 2. cit. de V. O. 45, 1., für einige Juristen der Grund zu der Annahme war, daß die Stipulation auf Bestellung einer Prädialservitut activ sich nicht vererbe [13]). Wir wollen hierüber nicht streiten. Doch ließe sich nicht ohne Schein gegen diese Auffassung bemerken, daß in einem ähnlichen Falle eine gleich große, ja vielleicht noch größere Schwierigkeit die fragliche Annahme nicht veranlaſt habe. Es ist dies der Fall, da ein legatum generis oder alternativum auf mehrere Erben des ursprünglichen Legatars übergegangen war. Hier war es nämlich die, wie es scheint, völlig übereinstimmende Ansicht der alten Juristen, daß das Legat an sich gültig bleibe, die endliche Einigung der mehreren Erben auf einen und denselben Gegenstand des Legates vorausgesetzt. Erst für den Fall, daß eine solche Einigung nicht erfolgte, war es streitig, ob das Legat untergehe, was die Mehrzahl, oder ob es nicht untergehe, was doch auch einige der alten Juristen angenommen zu haben scheinen [14]). Jedenfalls wird die Bedeutung auch des Ausdruckes: difficultas praestationis um ein sehr Erhebliches gesteigert, wenn man sich nach dem vorhin Ausgeführten daran erinnert, wie die Erfüllung der Obligation überhaupt durch die fortdauernde Erbgemeinschaft der gläubigerischen Erben bedingt ist.

Scheitert die vom Schuldner gewollte Naturalerfüllung an dem Mangel der Mitwirkung eines der gläubigerischen Erben, so wird nunmehr der Schuldner wegen der nicht von ihm verschuldeten rechtlichen Unmöglichkeit der Naturalleistung befreiet. — So wird es uns bezeugt in einer Stelle, die von dem Untergange des legatum generis bei dem Mangel der Uebereinstimmung unter den Erben des Legatars redet. Es ist allerdings richtig, daß diese Stelle nach der Bestimmung Justinians in l. 3. pr. Cod. comm. de legat. 6, 43. und in

---

13) Vgl. u. a. Cujacius ad l. 2. D. de V. O. Donell. ad h. l. §. 2. Nris 10. 11. Comm. de Jure Civ. lib. 15. cap. 6. Nr. 8. Rubo a. a. O. S. 129 ff. Ribbentrop a. a. O. S. 234 f. Note 14.

14) l. 3. pr. Cod. comm. de legat. et fideicomm. 6, 43. (Justinian. Ao. 531.) Der Ausdruck optio übrigens steht hier nicht für optio legata, denn bei dieser war das Wahlrecht so sehr ein persönliches, daß das Legat mit dem Tode des Legatars erlosch, wenn derselbe nicht gewählt hatte, was erst Justinian selber geändert hat. §. 23. J. de legat. 2, 20. — Der Zweifel kann sich daher nur auf das Verhältniß bezogen haben, das wir im Texte darstellen. — Vgl. ferner auch noch l. 84. §. 13. D. de legat. I. und dazu Planck, die Mehrheit. S. 121. Note 19.

§. 23. J. de legat. 2, 20. ihre praktische Bedeutung verloren hat und somit nur durch ein Versehen in die Compilation aufgenommen ist. Allein die Analogie der in ihr getroffenen Entscheidung ist für das uns angehende Verhältniß ganz unzweifelhaft.

> l. 25. cit. §. 17. D. familiae erciscundae. 10, 2. (Paullus.) Si incerto homine legato, et postea defuncto legatario, aliquis ex heredibus legatarii non consentiendo impedierit legatum, is, qui impedit, hoc judicio caeteris, quanti intersit eorum, damnabitur. pp. [15]).

Ein jeder Erbe des Gläubigers muß also besorgen, mittels der actio familiae erciscundae von seinem Miterben zur Verantwortung gezogen zu werden, wenn er durch die, eigensinnige oder nachlässige, Verweigerung seiner Mitwirkung die Erwerbung der dem gemeinsamen Erblasser versprochenen Servitut vereiteln wollte. Und diese Furcht wird ohne Frage die Schwierigkeit, eine allgemeine Mitwirkung der gläubigerischen Erben zu erlangen, sehr vermindern.

Regelmäßig wird derjenige Erbe des Gläubigers, der auf die Bestellung der geschuldeten Servitut dringt, schon vor Erhebung der Klage sich der Mitwirkung seiner Miterben zu Erwerbung jener Servitut versichert haben, und daher nicht selten gemeinsam mit ihnen oder als ihr Procurator die Klage erheben. Aber auch da, wo er das nicht gethan haben sollte, wird im Laufe des gerichtlichen Verfahrens [15a]), nach dem vorhin Ausgeführten, die Nothwendigkeit hervortreten, sich der Zustimmung der Miterben des Klägers zum Erwerbe der geschuldeten Servitut zu versichern. — Wird nun die Servitut wirklich bestellt, so sind damit alle Erben des Gläubigers befriedigt. — Dem entsprechend ist auch das Verhältniß mehrerer ursprünglichen Gläubiger einer Servitut. Nur daß hier das Mittel der actio familiae erciscundae wegfällt, die Mitgläubiger zu ihrer Mitwirkung beim Erwerbe der Servitut zu zwingen. Als solches Mittel kann hier lediglich die actio pro socio dienen, wenn nämlich eine Societät unter diesen mehreren Gläubigern als solchen besteht. —

Wenn aber der Schuldner die Servitut nicht bestellen will, oder

---

15) S. Rubo, a. a. O. 128 ff. Donellus ad l. 2. §. 2. D. de V. O. u. s. w.

15a) Es scheint mir hier nicht nöthig, daß die Zustimmung der übrigen schon im Klagvortrage ausgedrückt werde. Vgl. Planck, S. 121 unten f. Die Zustimmung ist nicht sowohl Voraussetzung für das Existentwerden der Forderung, als vielmehr ihr Mangel Aufhebungsgrund derselben.

nicht bestellen kann, weil er z. B. nicht Eigenthümer oder nicht alleiniger Eigenthümer des fundus serviturus ist: so kömmt es dann zur Zahlung der Litisästimation. Hiervon soll, wie bemerkt, jeder Erbe des Gläubigers einen seiner Erbquote entsprechenden Theil erhalten. Jeder der mehreren ursprünglichen Gläubiger wird von der gesammten Litisästimation eine Quote fordern dürfen, welche seiner Eigenthumsquote am fundus dominaturus entspricht. Das verursacht keinerlei Schwierigkeit, wenn sie alle geklagt haben, oder der Schuldner gutwillig einem jeden seinen Theil auszahlt.

Wie aber, wenn nur einer von ihnen geklagt hat, und der Schuldner nur diesem einen seinen Antheil der Litisästimation zahlt? können da die übrigen Gläubiger noch den auf sie fallenden Theil der Litisästimation ausklagen? oder ist durch die Anstellung der Klage vonseiten des ersten auch das Klagrecht der übrigen consumirt?

Die gleiche Frage entsteht ebenso für die mehreren Gläubiger eines untheilbaren facere; und umgekehrt für die mehreren Schuldner irgend einer untheilbaren Leistung. Wir schieben deshalb ihre Beantwortung am zweckmäßigsten bis dahin auf, daß wir sämmtliche genannte Verhältnisse sowohl für obligationes strictae als für andere Obligationen erörtert haben werden[16]). —

Schließlich ist nun noch des Falles zu erwähnen, da die Stipulation nicht auf dari servitutem, sondern in weniger präciser Weise etwa so gefaßt ist: efficere, ut servitus sit — oder dergleichen. Es ergiebt sich aus dem vorhin Bemerkten, daß eine solche Obligation, deren Gültigkeit von vornherein unabhängig ist vom Eigenthume des Stilpulator am fundus dominaturus, auch nicht erlischt infolge der Erbauseinandersetzung auf gläubigerischer Seite. Im übrigen kommen auf jene Stipulation durchaus die Grundsätze der Stipulationen auf eine facere zur Anwendung, die wir demnächst darstellen werden.

§. 9. D. Auf Bestellung eines andern jus in re.

Die übrigen dinglichen Nutzungsrechte sind, wie wir in der Einleitung gesehen haben, quotenweis theilbar, mit alleiniger Ausnahme des usus und ähnlicher Personalservituten, deren Inhalt sich auf eine Benutzung der Substanz der dienenden Sache beschränkt.

Die Obligation auf Bestellung des Usus wird außerordentlich selten sein. Sie beurtheilt sich im allgemeinen nach den Grundsätzen

16) S. unten §. 36.

der obligatio servitutis praedii[1]). Eine Mehrheit von Gläubigern kann hier übrigens nie durch Erbgang auftreten; und ein jeder erwirbt den Usus für sich allein und neben dem andern. Ebenso ist es mit andern untheilbaren Personalservituten.

Mit Ausnahme dieser Personalservituten werden daher die Obligationen auf Bestellung eines der bisher nicht behandelten dinglichen Nutzungsrechte gleichfalls quotenweis theilbar sein. Und daran wird der Charakter einer Obligation als einer stricta keine Aenderung bewirken.

Ausdrücklich bezeugt wird uns das freilich, soviel mir bekannt, nur rücksichtlich der obligatio stricta auf Bestellung des Nießbrauches[1a]); — aber es unterliegt keinem Zweifel, daß jene Behauptung auch für die übrigen Rechte wahr ist. —

Eine besondere Besprechung dagegen erfordert noch die Obligation auf Bestellung des Pfandrechtes an einer bestimmten Sache.

Wenn jemand, der einem Forderungsberechtigten verpflichtet ist, für dessen Forderung z. B. sein Haus zu verpfänden, mehrere Erben hinterläst: so trifft einen jeden derselben die Verpflichtung, seinen Erbantheil an dem Hause zu verpfänden. Aber nicht blos pro portione hereditaria der Schuldsumme, sondern für deren ganzen Betrag. Haben beide Erben diese Verpflichtung erfüllt, so hat der Gläubiger, was ihm gebührt: ein Pfandrecht am ganzen Hause für den ganzen Betrag seiner Forderung. — Im Falle der Nichterfüllung ist zu unterscheiden, ob die zur Bestellung des Pfandrechtes Verpflichteten selber die Schuldner der Schuld sind, für welche das Pfandrecht bestellt werden soll; oder nicht. Im classischen Rechte nämlich, das weder eine Execution noch auch eine Condemnation auf die Bestellung des Pfandrechtes selber kannte, sondern beides lediglich auf das Geldinteresse des Gläubigers zuließ, hat es unter der erstern Voraussetzung überhaupt keinen Sinn, auf Bestellung des Pfandrechtes zu klagen. Das Interesse an der Bestellung des Pfandrechtes beläuft sich höchstens auf den Betrag der Forderung, für welche es bestellt werden soll; niemals aber auf mehr, als was der Schuldner jener Forderung zu zahlen außerstande ist[2]). Also auf gar nichts, wenn er völlig solvent ist. Soweit er aber nicht solvent ist, wird der Gläubiger von ihm auch nichts bekommen können aus seiner Forderung auf Be-

1) Vgl. unten §. 12. zu Note 15.

1a) S. z. B. l. 5. D. de usufr. 7, 1. l. 13. §. 1. D. de accept. 46, 4.

2) arg. l. 112. §. 1. D. de V. O. 45, 1. l. 97. §. 1. eod. l. 13. pr. D. de re jud. 42, 1.

stellung des Pfandrechtes. — Wenn jedoch die Schuld, für die das Pfand bestellt werden soll, eine fremde ist: dann wird der einzelne Erbe für die Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit zur Bestellung des Pfandes, wie bemerkt, höchstens bis zum Betrage dessen haften, was vom Schuldner nicht zu erlangen ist. Niemals indessen weiter, als zum vollen Werthe der Quote, die er zum Pfande zu geben verpflichtet ist. Man sieht, daß danach die Litisästimation, worin in solchem Falle jeder einzelne Erbe verurtheilt wird, zu derjenigen, worin der andere verurtheilt werden kann, durchaus nicht im Verhältnisse ihrer Erbquoten zu stehen braucht. Bei successiver Ausklagung der einzelnen Erben wird dies vielmehr nur dann der Fall sein, wenn der Werth des ganzen Objectes, das zu Pfande gegeben werden soll, unter dem Betrage der sicherzustellenden Forderung bleibt, welcher inexigibel ist. — Das Entsprechende gilt von mehreren Personen, welche gleichzeitig durch gemeinsamen Vertrag oder durch letztwillige Auflage verpflichtet worden sind, für dieselbe Forderung ein Pfandrecht an derselben Sache zu bestellen. Denn bei der Möglichkeit einer Verpfändung von Quoten muß diese Verpfändung im Zweifel als die Absicht der Constituenten angesehen werden. Und zwar würde ein jeder Schuldner, der als Theileigenthümer verpflichtet ist, gerade seine Eigenthumsquote der gemeinsamen Sache zu Pfand zu geben haben. Wäre aber auf das Theileigenthum der einzelnen Schuldner keine Rücksicht genommen, so würde ein jeder einen Kopftheil der ganzen Sache in den Pfandnexus bringen müssen.

Ist der Schuldner berechtigt, zu fordern, daß für seine Schuld ein Pfand gegeben werde, so wird das Interesse zu berücksichtigen sein, welches er daran hat, durch die Pfandgebung Realcredit zu erlangen. —

Umgekehrt, wenn jemand, dem für seine Forderung ein Pfand gegeben werden soll, mehrere Erben hinterläst, so hat ein jeder derselben den Anspruch darauf, daß ihm das ganze Object verpfändet werde, aber nur für seinen Antheil an der Forderung. Der zur Pfandgebung Verpflichtete leistet hierbei genau dasselbe, was er dem Erblasser geleistet haben würde; und jeder Erbe des letztern hat genau dasselbe, was er haben würde, wenn bereits dem Erblasser erfüllt worden wäre. — Dagegen ist es quaestio facti, ob jemand, der mehreren Gläubigern gleichzeitig verspricht, ihnen dieselbe Sache zu verpfänden, jedem die ganze Sache oder aber nur eine Virilquote für den Betrag seiner Forderung hat verpfänden wollen: Im Zweifel

ist das Letztere als das Mindere anzunehmen [3]). Aehnlich ist es, wenn die Verpflichtung zur Pfandgebung gemeinsam mehreren Schuldnern gegenüber eingegangen ist. — Wenn der Dritte, für dessen Schuld das Pfand bestellt werden soll, völlig insolvent ist, dann wird der zur Pfandgebung Verpflichtete den mehreren Gläubigern ihr Interesse an der Pfandgebung nach Verhältniß ihrer Forderungen zu leisten haben; — unter allen andern Voraussetzungen stehen die Interessebeträge, welche den mehreren Gläubigern zu leisten sind, in keinem allgemein bestimmbaren Verhältnisse zu einander.

Hat ein Schuldner die Forderung erworben, daß jemand für seine Schuld dem Gläubiger eine Sache zu Pfand gebe, so wird ein jeder seiner Erben verlangen können, daß diese ganze Sache verpfändet werde, aber nur für seine Quote der sicherzustellenden Schuld. Und danach wird sich das Interesse berechnen.

Zweites Capitel.

§. 10. Obligationen auf ein facere *).

I. Theilbare.

Die, in der Einleitung von uns aufgestellte, Regel über die Theilbarkeit der Obligationen lautet dahin, daß eine jede Obligation theilbar ist, deren vermögensrechtlicher Erfolg für den Gläubiger sich zu einem ideellen Theile verwirklichen läßt.

Sofern das nun bei Obligationen möglich ist, welche nicht auf die Uebertragung oder Begründung eines der bisher besprochenen Rechte, sondern auf die Vornahme irgend einer andern positiven Handlung des Schuldners gerichtet sind, werden wir auch solche Obligationen für theilbar erkennen müssen.

Dies kann aber in einer zweifachen Beziehung der Fall sein, nämlich

1) bei Obligationen auf die Vornahme solcher positiven Handlungen, die gewissermaßen als fungibele nach Zahl, Maß, Zeit bestimmt werden [1]).

---

[3]) Vgl. l. 16. §. 8. D. de pign. 20, 1.

*) S. Franciscus Duarenus, Disputationum anniversariarum Libri duo. Lib. I. (zuerst 1547.) Cap. 59. De factis dividuis atque individuis sententia Raphaelis Cumani a calumniatoribus defensa. — de Scheurl, l. c. Cap. II. Facta dividua et individua. p. 51 sqq.

[1]) S. v. Savigny, Obl.-R. Bd. 1. §. 32. S. 335 sub A.

Von solchen Obligationen ist schon oben im §. 6. die Rede gewesen.

und

2) bei Obligationen, welche gerichtet sind auf Hervorbringung, auf Aufhebung oder auf Cession eines theilbaren Forderungsrechtes; aber auf Aufhebung eines andern theilbaren Rechtes [2]).

A) Die Obligationen auf Hervorbringung eines theilbaren Forderungsrechtes bezielen ein solches entweder unter den Subjecten der gegenwärtigen Obligation, oder unter anderen Personen.

Zu jenen gehört namentlich die heutzutage nicht unwichtige Classe der pacta de contrahendo oder der Vorverträge, zu deren Klagbarkeit im römischen Rechte meist [3]) die Form der Stipulation erforderlich war.

Wo der Inhalt des abzuschließenden Hauptvertrages einer weitern Einigung des Parteien nicht mehr bedarf, es zur wirklichen Begründung dieses Hauptvertrages vielmehr nur auf die Leistung des aus dem Vorvertrage Verklagten ankömmt, wie z. B. beim Versprechen eines Darlehens von bestimmter Summe zu bestimmten Zinsfuße auf bestimmte Zeit oder mit bestimmter Kündigungsfrist, da wird heutzutage freilich eine directe Zwangsvollstreckung auf jene Leistung denkbar sein, die dann die Wirkung des Hauptvertrages hervorbringt. In allen übrigen Fällen jedoch wird noch jetzt geradeso wie zur Zeit der classischen Juristen und zu Justinians Zeit die Execution nur auf das Interesse des Klägers an dem Zustandekommen des Hauptvertrages gehen können. Allein wie heute auch das Petitum, war ehe-

---

2) Darauf werden sich die faciendi obligationes, welche in der Vornahme eines Rechtsgeschäftes bestehen, zurückführen lassen. — S. v. Savigny, a. a. O. sub B. vgl. §. 28. S. 299. — Man könnte der Vollständigkeit halber etwa noch hinzusetzen: „und auf Veränderung, Sicherung, Bestärkung eines theilbaren Forderungsrechtes." Allein derartige Obligationen schließen stets entweder die Entstehung oder die Entstehung einer und die Aufhebung einer andern Obligation in sich.

Die Formulirung der Frage: welche obligationes faciendi sind theilbar? ist in den älteren Schriften über unsern Gegenstand sehr lebhaft besprochen. S. z. B. Bartol. ad l. 72. pr. D. de V. O. Nr. 8. Nr. 25. Eguin. Baro, ad libr. 45. Dig. seu Pandect. Comment. Proaccurs. ad Tit. I. de V. O. l. 3. (Opp. Tom. III. p. 159. med.) S. de Scheurl, l. c. p. 51 sqq.

3) Vgl. übrigens pr. J. de empt. et vend. 3, 23. l. 17. Cod. de fide instrum. 4, 21. — Auch ließe sich ein Innominatcontract denken, wonach jemand durch Empfang einer Leistung zum Geben eines Darlehens oder zum Abschlusse eines andern Contractes verpflichtet würde.

dem wenigstens der Klagvortrag [4]) auf die Verpflichtung zum Abschlusse des Hauptvertrages gestellt. Und so wird es für die Theilbarkeit dieser Naturalverpflichtung wie der entsprechenden Berechtigung aus dem Vorvertrage selbst durchaus entscheidend sein, ob der beabsichtigte Hauptvertrag eine theilbare Obligation hervorbringen würde oder nicht.

Das Gleiche gilt von der andern Classe der auf Hervorbringung von Forderungsrechten gerichteten Obligationen, nämlich denjenigen, bei denen das beabsichtigte Schuldverhältniß andre Subjecte haben soll, als das gegenwärtige. — Obligationes strictae derart entstehen namentlich durch das auf Stipulation gegebene Versprechen, sich für den Stipulator zu verbürgen; im justinianeischen Rechte auch durch die Annahme eines formlosen Versprechens derart, welches zugunsten des Acceptanten donandi animo gethan ist [4a]).

Weil aber in allen derartigen Fällen die schließliche Klarmachung des Interesse außerordentlich weitläufig sein kann, so werden auch heutzutage diese Verbindlichkeiten ebenso wie bei den Römern meistens durch Conventionalstrafen gesichert, welche die Stelle des Interesse vertreten, und auf deren Auszahlung dann die Klage geht. Damit aber fallen die fraglichen Obligationen ganz aus unsrer gegenwärtigen Betrachtung heraus und gehören ins Gebiet der bedingten Versprechungen, deren Bedeutung für die Theilbarkeit wir demnächst besonders betrachten wollen. —

Sollte jedoch das bezweckte Schuldverhältniß ein untheilbares, und seine Eingehung ausnahmsweise mittels eines Poenalversprechens nicht gesichert sein: so würde allerdings die Verpflichtung dazu eine untheilbare Obligation begründen, die ohne Zweifel im ganzen nach den Grundsätzen beurtheilt werden müste, welche für die Obligationen auf ein untheilbares positives Thun der entsprechenden Art gelten.

B) Wichtiger als diese Obligationen auf Hervorbringung andrer Forderungsrechte sind jedenfalls für das römische Recht diejenigen

---

[4]) Im Formularprocesse die intentio, nämlich durch Bezug auf die demonstratio oder die praescripta verba (s. vorige Note). Für das justinianeische Recht mag ich mich hier nicht bestimmter ausdrücken, da die herrschende Meinung eine nothwendige Form der Klagverhandlung für dasselbe nicht annimmt, die etwa der alten intentio entspräche. Ich bin andrer Ansicht, kann mich aber jetzt auf deren Ausführung und Beweis nicht einlassen.

[4a]) Wenn in diesem Verhältnisse jedoch mehrere ursprüngliche Schuldner stehen, so wird es meist auf eine Verbürgung aller neben einander abgesehen sein.

Obligationen, welche die Tilgung von Schuldverbindlichkeiten zum Gegenstande haben.

Auch hier ist wieder zu unterscheiden, ob der Schuldner selber der Gläubiger des aufzuhebenden Forderungsrechtes ist, oder nicht.

Obligationes strictae namentlich der erstern Art entstehen nicht selten durch Legat, sei es, daß der Onerirte infolge der Beerbung des Vermächtnißlassers, sei es, daß er auf andere Weise Gläubiger geworden ist[5]). Die Verpflichtung aus einer solchen Obligation ging bei den Römern regelmäßig auf Acceptilation, bisweilen auf Abschluß eines pactum de non petendo[6]).

Es wird uns ausdrücklich bezeugt, daß ein solches legatum liberationis auf einen Theil einer Obligation sich beziehen könne[7]). Stillschweigend ist dabei ohne Frage vorausgesetzt, daß die aufzuhebende Schuld selber theilbar sei.

Heutzutage wird man infolge derartiger Legate kaum noch eine Klage auf Tilgung der Schuld anstellen, sondern sich damit begnügen, daß dieselbe eine befreiende Wirkung haben[8]), welche, wie ehedem, gemäß der Willensmeinung des Erblassers, bald enger, bald weiter ist. Doch mag etwa die Herausgabe oder die Abquittirung der Schuldurkunde gefordert werden[9]). Dabei ist zu bemerken, daß zwar sehr wohl für einen Theil einer theilbaren Schuldverbindlichkeit quittirt werden kann, die Herausgabe des Schuldscheines aber, geradeso wie seine Vernichtung, nur nach gänzlicher Tilgung der durch denselben

---

5) l. 8. pr. l. 24. D. de liberatione leg. 34, 3.

6) Das Letztere dann, wenn von mehreren, die denselben Gegenstand schulden ohne im Societätsverhältnisse zu stehen, nicht alle befreiet werden sollen, was durch die Acceptilation zugunsten des einen von ihnen geschehen würde. l. 3. §. 3. l. 5. pr. §§. 1—4. l. 29. D. h. t. 34, 3.

7) l. 7. pr. eod.

8) l. 3. §. 3. l. 22. D. h. t. 34, 3. l. 8. §. 1. D. de dol. m. exc. 44, 4.

9) S. Arndts, Pand. §. 577. Anm. 2. — Da mit der Aufhebung der Forderung nothwendig zugleich das zu deren Sicherung bestellte Pfandrecht erlischt, so wird der Legatar auch auf Rückgabe des von ihm gegebenen Faustpfandobjectes und auf Löschung der auf Gegenstände seines Vermögens ingrossirten Hypothek dringen können. Wenn mehrere Legatare dasind, wird im ersteren Falle jeder Tradition des seiner Eigenthumsquote am Pfandobjecte entsprechenden Theiles vom juristischen Besitze desselben zu fordern haben. Im andern Falle kann jeder einzelne auf Löschung der ganzen Hypothek antragen, sofern infolge des Legates die ganze Pfandschuld aufgehoben ist; — sofern dadurch aber nur ein Theil derselben beseitigt ist, wird er nur die Abschreibung der getilgten Summe im Hypothekenbuche beantragen dürfen.

dargethanen Schuld verlangt werden darf. Denn bei einem Schuldscheine kömmt es nicht sowohl auf das Eigenthum oder den juristischen Besitz an, als auf die detentio, das thatsächliche Innehaben, kraft dessen man den Schuldschein als Beweismittel zu produciren vermag. Und dieses thatsächliche Innehaben ist etwas Untheilbares. Es ist aber begreiflicherweise dem Gläubiger nicht zuzumuthen, daß er den Schuldschein herausgebe, solange er, wennschon nur für einen Theil seiner Forderung, des Beweismittels überhaupt noch bedarf. — Bei dieser Gelegenheit wollen wir zugleich bemerken, daß in entsprechender Art als untheilbare Forderungen auch die condictiones sine caussa und ob caussam dati gelten müssen, welche gegen den Eigenthümer eines Schuldscheines statthaben, wenn entweder seine, durch den Schuldschein bezeugte, Forderung getilgt, oder aber wider Erwarten gar nicht entstanden ist [10]. —

Ist der zur Aufhebung einer Schuldverbindlichkeit Obligirte nicht zugleich Gläubiger der aufzuhebenden Forderung: so hat der Schuldner der letztern gegen jenen den Anspruch, daß er deren Gläubiger befriedige [11]. Und die Theilbarkeit dieses Anspruches hängt natürlich von der Theilbarkeit der fraglichen Forderung selber ab. — Untheilbare Ansprüche auch solchen Inhaltes beurtheilen sich im ganzen nach den Grundsätzen, welche für die obligationis faciendi der entsprechenden Art gelten.

Eigenthümlich aber ist für die Obligationen auf Hervorbringung wie für diejenigen auf Aufhebung eines untheilbaren Forderungsverhältnisses das Folgende. Es ist möglich, daß in den zubegründenden oder in den aufzuhebenden Forderungsverhältnissen eine Mehrheit von Gläubigern zu berücksichtigen ist. Dann ist mit jedem einzelnen dieser mehreren Gläubiger das Forderungsverhältniß abzuschließen und beziehungsweise aufzulösen, sofern letzteres nicht durch Naturalerfüllung geschieht, welche alle diese Gläubiger zufriedenstellt. Z. B. jemand hat sich dem Schuldner einer untheilbaren Schuld verpflichtet, für diese Schuld Bürge zu werden, und es sind mehrere Forderungsberechtigte vorhanden. Jetzt muß der zur Eingehung der Bürgschaft Verpflichtete sich bei jedem dieser mehreren Gläubiger verbürgen. Denn, wenn auch die Naturalerfüllung der Schuld an den einen von

---

10) l. 2. Cod. de cond. ex lege et sine c. 4, 9. l. 4 eod. l. 7. Cod. de n. num. pec. 4, 30. u. s. w.

11) l. 8. pr. D. cit. de lib. leg. 34, 3. Vgl. auch l. 3. §. 5. l. 7. §. 3. eod. — S. aber auch l. 31. D. de solutt. 46, 3.

ihnen die sämmtlichen übrigen zugleich befriedigen würde: so ist, wenigstens nach römischem Rechte der classischen Zeit, nie Gewißheit dafür vorhanden, daß es infolge der Klage des einen dieser mehreren Gläubiger gegen den Bürgen wirklich zur Naturalerfüllung kommen werde; der einzelne klagende Gläubiger wird mit Sicherheit nur auf die Zahlung seines besondern Interesse an der Naturalerfüllung rechnen dürfen: die übrigen sind also durch die Verbürgung bei dem einen noch keineswegs gedeckt u. s. w.

C) Was die Verpflichtung zur Cession eines Forderungsrechtes anbetrifft, so ist dieselbe völlig theilbar, sofern es sich um theilbare Forderungsrechte handelt [12]). Ist aber die abzutretende Forderung untheilbar, so ist ein jeder von mehreren Schuldnern zwar in solidum zu deren Cession verpflichtet; allein selbst die Naturalerfüllung vonseiten des einen befreit die übrigen von der gleichen Verbindlichkeit nur dann, wenn der debitor cessus seinerseits den Cessionar naturaliter befriedigt hat. Das cedirte Forderungsrecht nämlich kann auch dem Cessionar nur das verschaffen, was der Cedent selber erlangen konnte, d. h. regelmäßig gegen den Willen des debitor cessus nur das besondere Interesse gerade dieses Cedenten an der Naturalerfüllung. — Eben deshalb wird auch der Cessionspflichtige dem Cessionsberechtigten höchstens auf den Geldbetrag verurtheilt werden dürfen, den das Interesse des letztern gerade an dieser Cession erreicht. —

Uebrigens wird die Geltendmachung eines Anspruchs auf Cession im justinianeischen Rechte in vielen, und heutzutage in den meisten Fällen dadurch überflüssig, daß dem Berechtigten auch ohne wirkliche Cession (kraft einer s. g. cessio legis) utiles actiones gegeben werden [12a]).

D) Wie Obligationen auf Aufhebung von Schuldverhältnissen können auch Obligationen entstehen auf Aufhebung von dinglichen Rechten an fremden Sachen, — insbesondere durch Legat.

Wenn das dingliche Recht, von welchem eine Sache befreit werden soll, dem Erblasser selbst oder auch dem Onerirten zusteht, so ist der beabsichtigte Erfolg am einfachsten so zu erreichen, daß jenes Recht

---

[12]) Vgl. etwa l. 23. Cod. mand. 4, 35.

[12a]) S. Puchta, Pand. §. 281. zu Note d. und e. Arndts, Pand. §. 255. Abs. 2.

geradezu zum Gegenstande des Legates gemacht wird[13]). Die Wirkung eines solchen Vermächtnisses ist dann wohl ohne weiteres die Aufhebung des legirten Rechtes[14]).

Steht aber das aufzuhebende Recht einem dritten zu, so wird ein auf die Aufhebung desselben gerichtetes Vermächtniß stets nur eine Obligation hervorbringen können, vermöge deren der Onerirte verpflichtet ist, das Eigenthum des Legatars von jener Beschränkung zu befreien.

Sofern es sich nun um Emphyteusis, Superficies, Nießbrauch handelt: so wird es einem Zweifel nicht unterliegen, daß sowohl jeder der mehreren Verpflichteten zu einer theilweisen Aufhebung des fraglichen Rechtes verpflichtet, als jeder der mehreren Berechtigten eine solche zu fordern berechtigt sein kann.

Eigenthümlich ist die Verpflichtung auf Aufhebung des Pfandrechtes[14a]). Dieses Recht dauert bekanntlich an dem ganzen verpfändeten Gegenstande fort, bis die Pfandschuld völlig getilgt ist. Von der Lösung eines Theiles des Pfandgegenstandes kann daher nicht wohl die Rede sein; und man würde mithin jene Obligation für eine untheilbare erklären müssen. Dennoch, scheint uns, tritt hierin eine Aenderung ein gemäß dem besondern Charakter des Pfandrechtes, wonach dasselbe mit rechtlicher Nothwendigkeit erlischt, sobald die Pfandschuld getilgt ist.

Wenn es der Gläubiger selbst wäre, der ein Faustpfand freigeben sollte, etwa infolge eines Vermächtnisses, so würde der Honorirte die rei vindicatio auf Herausgabe des verpfändeten Gegenstandes anstellen und die ihm entgegengesetzte exceptio rei pignori datae mittels einer replicatio in factum oder doli zurückschlagen können[15]). Handelte es sich um die Aufhebung einer Hypothek von-

---

13) l. 86. §. 4. D. de legat. I. vgl. l. 71. §. 5. eod. l. 1. §. 1. D. de lib. leg. 34, 3. Vgl. l. 56. §. 6. D. de V. O. 45, 1.

14) Ob diese Aufhebung ipso jure erfolgt, also genau wie umgekehrt die Wirkung des Vindicationslegates, — oder aber per exceptionem, das will ich dahin gestellt sein lassen. Wahrscheinlich ist es mir, daß ein dem Erblasser zuständiges Recht per liberationem **legatam** ipso jure, ein dem Onerirten zuständiges dagegen ope exceptionis aufgehoben wurde — vgl. l. 20. pr. D. de lib. leg. 34, 3. —, während eine **fideicommissarisch** hinterlassene Aufhebung stets höchstens per exceptionem wirkte.

14a) S. l. 113. §. 1. D. de V. O. 45, 1.

15) l. 1. §. 1. D. de lib. leg. 34, 3. Die Klage des Legatars auf Rückgabe des pignus kann auch die pigneratitia directa actio sein, bei welcher es

seiten des Gläubigers zugunsten dessen, welcher den verhypothecirten Gegenstand besitzt, so würde dieser ruhig die demnächstige hypothecaria actio abwarten dürfen, da er dagegen durch eine exceptio in factum oder doli hinlänglich geschützt erscheint. Diese Verhältnisse machen keinerlei Schwierigkeit, auch nicht rücksichtlich der Frage nach der Theilbarkeit der aus ihnen entspringenden Ansprüche. Und ebenso gleichgültig ist für uns der Umstand, ob neben der Lösung des Pfandes auch die Schuld getilgt werden soll, für welche das Pfand bestellt worden ist, oder ob diese fortdauert [16]).

Wie aber, wenn der zur Aufhebung des Pfandrechtes Verpflichtete nicht der Gläubiger der Pfandschuld ist? — Wir meinen, darauf dies antworten zu dürfen. Es ist richtig, daß trotz der Zahlung eines Theiles der Pfandschuld nach wie vor das ganze ursprüngliche Pfandobject, also z. B. das ganze Eigenthumsrecht der verpfändeten Sache, dem Pfandnexus unterworfen bleibt. Allein durch jene theilweise Zahlung der Pfandschuld ist in genau entsprechendem Verhältnisse die endliche Aufhebung des Pfandnexus überhaupt erleichtert, da diese durch eine Reihe einzelner, selbst von einander gänzlich unabhängiger, Theilzahlungen, deren Gesammtbetrag die Pfandschuld deckt, schließlich herbeigeführt wird. Sofern daher derjenige, der die Pfandlösung zu fordern berechtigt ist, rechtlich die Macht hat, jene Reihe von Theilzahlungen zu erzwingen, sofern also m. a. W. für den Gläubiger der beabsichtigte Erfolg sich quotenweise erreichen läßt: darf die Obligation auf Lösung eines Pfandes für theilbar erklärt werden. So ist es aber, wenn mehrere Verpflichtete da sind, z. B. mehrere mit dem Vermächtnisse der Pfandlösung Belastete. Besonders einleuchtend wird dies in dem Falle, wenn mit jener Verpflichtung die ausdrückliche Verpflichtung zur Tilgung der Pfandforderung concurrirt, deren Schuldner der Eigenthümer des Pfandobjectes ist. Denn diese Verpflichtung ist, wie wir gesehen haben, an sich durchaus theilbar, sobald das aufzuhebende Schuldverhältniß theilbar ist. Wird sie von allen Schuldnern auch nur pro rata erfüllt, so damit der Pfandnexus von selbst gehoben, wäre schon über dessen Aufhebung gar nichts bemerkt. Es scheint aber in der That kein genügender Grund vorhanden, den einzelnen Onerirten deshalb zur Tilgung der ganzen Pfand-

---

selbstverständlich einer exceptio und resp. einer replica formulae inserta nicht bedurfte. Vgl. l. 9. §. 3. D. de pign. act. 13, 7. — S. auch oben Note 14.

[16]) S. l. 1. §. 1. cit. D. de lib. leg. 34, 3.

schuld wenigstens mittelbar verpflichtet zu halten, weil der Erblasser neben der Verpflichtung zur Tilgung dieser Schuld diejenige zur Lösung des Pfandes ausdrücklich ausgesprochen hat. — Uebrigens meinen wir, daß dasselbe Ergebniß nicht minder dann seine Gültigkeit behauptet, wenn der Erblasser ausdrücklich nur die Lösung des Pfandes, nicht auch die Tilgung der Pfandschuld angeordnet hat; und ebenso, wenn der Eigenthümer des Pfandobjectes nicht zugleich der Pfandschuldner ist.

Anders gestaltet sich das Verhältniß, wenn mehrere Gläubiger dasind, z. B. mehrere Erben des Eigenthümers der verpfändeten Sache. Nehmen wir an, sie seien zugleich die Pfandschuldner. Ist nun ausdrücklich nur die Tilgung der Pfandschuld Gegenstand des Vermächtnisses, so wird zwar auch hier, sobald jeder von der ihn betreffenden Quote der Pfandschuld wirklich befreiet worden ist, nothwendig der Pfandnexus aufgehoben sein. Allein der einzelne von ihnen vermag diesen Ausgang niemals herbeizuführen, weil er stets höchstens auf Tilgung seines Theiles der Pfandschuld klagen kann. Wenn daher hier sei es neben dem Vermächtnisse der Schuldtilgung, sei es ohne dasselbe die Lösung des Pfandes vermacht ist: so muß das eben den Sinn haben, daß jetzt auch der einzelne Miteigenthümer des Pfandgegenstandes auf dessen Befreiung vom Pfandrechte, mittelbar also auf Tilgung der gesammten Pfandschuld, soll dringen dürfen. Denn anders und namentlich auf dem Wege quotenweiser Tilgung der Pfandschuld läst sich der für den einzelnen Gläubiger beabsichtigte Erfolg nicht mit Sicherheit erreichen. Soweit der Schuldner jedoch die Quote des einzelnen Gläubigers kraft anderweiter Abfindung mit dem Pfandberechtigten liberirt, ist dieser Gläubiger natürlich klaglos gestellt. — Das Gleiche gilt selbstverständlich dann, wenn die Eigenthümer des zulösenden Pfandes nicht selbst die Pfandschuldner sind.

Das Ergebniß also dieser Erörterung würde das sein, daß die Obligation auf Tilgung eines Pfandrechtes auf activer Seite stets untheilbar, auf passiver Seite dagegen, die Theilbarkeit der Pfandschuld vorausgesetzt, theilbar sei. —

Bildet die Aufhebung eines untheilbaren jus in re, des usus oder einer Prädialservitut, den Gegenstand der Verpflichtung, so versteht es sich, daß diese Verpflichtung durchaus ebenso untheilbar sein muß wie das aufzuhebende Recht selber. Sie wird zu beurtheilen sein nach den Grundsätzen über die gleichartigen Obligationen auf ein positives untheilbares Thun. — Herauszuheben ist nur ein Fall, welcher

freilich kaum praktische Bedeutung hat, insofern die Verpflichtung zur Aufhebung eines eignen jus in re, mag dieselbe durch Legat oder durch Vertrag entstanden sein, selten direct geltend gemacht wird. Wenn nämlich mehrere Personen, deren jeder an einer und derselben Sache dieselbe Personalservitut in solidum zusteht, verpflichtet sind, diese Servitut aufzuheben, so ist die Erfüllung des einen völlig unabhängig von der des andern; und der einzelne, welcher sich der ihm obliegenden Verpflichtung entzieht, wird daraus zum Ersatze des vollen Interesse verpflichtet, welches der Gläubiger an der Aufhebung gerade seiner Personalservitut hat. Es sind hier in der That nicht blos mehrere Obligationen vorhanden, sondern auch mehrere Obligationen von ganz verschiedenem Inhalte. —

Endlich ist des Falles zu erwähnen, in dem die Verpflichtung zur Aufhebung eines Pfandrechtes oder einer untheilbaren Servitut auf einer Condiction ohne Contract beruht.

Wir wollen uns hier nicht aufhalten mit der Untersuchung, ob die Condictionen ohne Contract im eigentlichen Sinne des Wortes obligationes strictae seien. Man mag hierüber meinen, wie man will: in der uns angehenden Rücksicht ist es ein ganz besonderer Umstand, welcher eine abweichende Behandlung dieser Condictionen von den bisher behandelten untheilbaren Obligationen bewirken muß.

Sehen wir nämlich von der condictio furtiva ab, welche hier nicht in Betracht kommen kann, weil an Servituten und Pfandrechten als solchen ein furtum nicht möglich ist: so steht fest, daß die Verpflichtung aus einer Condiction ohne Contract nicht hinausgeht über den Betrag dessen, was aus dem Vermögen des Condicenten ohne rechtlichen Grund in das Vermögen des Beklagten gekommen ist. Der Gegenstand aber der Verpflichtung besteht in demjenigen, was aus dem einen in das andere Vermögen übergegangen ist, und zwar entweder in natura, oder zu Gelde veranschlagt, das letztere nämlich dann, wenn die Naturalrestitution aus irgend einem Grunde unmöglich ist, die Verpflichtung aber zur Rückgabe fortdauert [17]).

Setzen wir nun den Fall, daß mehreren Miteigenthümern eines Grundstückes für dieses Grundstück indebite, — sine caussa, — ex turpi caussa, — ob caussam futuram, caussa non secuta, ist, eine Servitut

[17]) Auf die Einzelheiten in der Bestimmung der Geldsumme brauchen wir hier nicht einzugehen. — S. darüber im ganzen H. Witte, die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts. Halle 1859. §§. 20 ff. S. 139—159.

bestellt worden, oder daß der Eigenthümer dieses Grundstückes, welchem jene Servitut bestellt worden, von mehreren Personen beerbt worden sei. Wird die Servitut durch gemeinschaftlichen Verzicht aller Berechtigten aufgegeben, so ist natürlich der Condicent befriedigt. Der einzelne servitutberechtigte Schuldner aber ist völlig außerstande, die Servitut durch Verzicht zu beseitigen [18]). Für die Mitwirkung der übrigen ihn haften zu lassen, liegt nicht der geringste Grund vor: denn seine ganze Verbindlichkeit beruht weder auf einem Vertrage noch auf einem Delicte, die ihn etwa verpflichteten, unbedingt für die Beseitigung jener Servitut einzustehen; — sondern lediglich auf dem thatsächlichen Umstande, daß ohne rechtlichen Grund etwas in sein Vermögen gelangt ist. Dieser unbegründete Zuwachs zu seinem Vermögen trifft ihn aber nur soweit, als der Werth seiner Eigenthumsquote am servitutberechtigten Grundstücke durch die Zuständigkeit der Servitut erhöht worden ist. Und auf diesen Betrag höchstens kann daher hier der einzelne condemnirt werden. Hat er aber jene Eigenthumsquote sine fraude veräußert, so wird er, falls er die Servitut bona fide erworben hat, nur zur Herausgabe des Betrages verurtheilt werden dürfen, um welchen mit Rücksicht auf die Zuständigkeit der Servitut die von ihm veräußerte Quote höher losgeschlagen worden ist [19]). — Nur in dem Falle, wo bis auf einen sämmtliche Servitutberechtigten auf die Servitut verzichtet hätten, würde dieser letzte, wenn er eigensinnig die von seinem Verzichte allein noch abhängige Aufhebung der Servitut vereiteln wollte, dem Condicenten für dessen volles Interesse haften müssen.

Beim usus kann diese Betrachtung keinen Platz finden. Denn der einzige Fall, in welchem überhaupt mehreren Personen an derselben Sache der usus zustehen kann, giebt, wie wir gesehen haben, einer jeden derselben ein rechtlich von demjenigen der andern unabhängiges Gebrauchsrecht.

Gemeinschaftlich dagegen für untheilbare Personal- wie Prädialservituten ist das umgekehrte Verhältniß, wenn nämlich auf condicirender Seite mehrere Personen stehen, sei es von Anfang an, sei es kraft Erbganges. Hier wird eine jede einzelne dieser Personen den Verzicht auf das untheilbare Recht in solidum fordern und auch ohne Mitwirkung der Mitinhaber der Condiction mit Erfolg für sie alle er-

---

18) l. 34. pr. D. de S. Pr. R. 8, 3.

19) Vgl. l. 26. §. 12. D. de cond. ind. 12, 6. l. 65. §§. 7. 8. eod.

langen können. Verweigert daher der servitutberechtigte Beklagte diesen Verzicht unbefugtermaßen[20]), so wird er unter allen Umständen dem Condicenten dessen volles Interesse zu leisten verpflichtet.

Handelt es sich um ein grundlos eingeräumtes Pfandrecht, das, sei es von Anfang an, sei es kraft Erbganges mehreren Personen an derselben Sache zusteht: so wird jede einzelne dieser Personen unabhängig von den übrigen auf ihr Pfandrecht verzichten können und daher auch müssen. Die Condemnation geht auf das Interesse des Condicenten an diesem Verzichte, welches regelmäßig nicht über den Betrag einerseits vom Werthe des dem einzelnen Pfandgläubiger verpfändeten Objectes, anderseits von seinem Antheile an der Pfandforderung sich belaufen wird[21]).

Aehnlich ist im umgekehrten Verhältnisse, wenn auf condicirender Seite seis von Anfang an seis kraft Erbganges mehrere Personen stehen, deren jede für den ganzen Betrag einer Schuld ihre Quote am Pfandobjecte verpfändet hat. Hier wird eine jede die Befreiung ihres Pfandantheils und, in Ermangelung der Naturalerfüllung, ihr besonderes Interesse an derselben fordern können.

II. Untheilbare.

A. Gewillkürte Obligationen.

§. 11. 1) Solche, aus denen erst geklagt werden kann, wenn die Naturalleistung nicht mehr möglich ist.

Alle übrigen Obligationen auf ein positives Thun erscheinen nach unmittelbarer Anschauung unbedingt untheilbar, sofern es auf die

---

[20]) Befugt wäre er zu einer solchen Verweigerung z. B., wenn er zur bessern Benutzung der ihm grundlos eingeräumten Wegeservitut sine fraude gegen den Condicenten den Weg gepflastert hätte u. s. w. Hier müßten ihm jedenfalls diese Auslagen zuvor erstattet werden, weil sonst der Condicent auf seine Kosten einen unbilligen Gewinn machen würde. — Das Gleiche gilt selbstverständlich auch für den vorhin besprochenen Fall, da auf beklagtischer Seite mehrere Personen stehen, für den auf jede einzelne derselben fallenden Betrag der auf die Servitut etwa gemachten Verwendungen.

[21]) Möglich ist eine Ueberschreitung dieses Betrages allerdings, wenn z. B. der Condicent die erste Hypothek, oder die zweite nach einer gewissen Summe einem dritten Gläubiger versprochen hätte, und dessen Interesse oder die von ihm für ordentliche Erfüllung jenes Versprechens ausbedungene Conventionalstrafe mehr betrügen.

Leistung selbst ankömmt, welche den Charakter eines untheilbaren Thuns an sich trägt.

Allein aus der ganzen Menge dieser, rücksichtlich der Naturalerfüllung also untheilbaren, Obligationen ist vorweg noch eine Classe auszuscheiden, deren Eigenthümliches darin besteht, daß aus ihnen nie und in keinem Falle eher geklagt werden kann, als bis jene Naturalerfüllung unmöglich ist [1]).

Es gehören hierin insbesondere die Obligationen auf Dienstleistungen (operae), die zu einer, absolut oder relativ, bestimmten Zeit verrichtet werden müssen.

So wird es uns bezeugt von denjenigen Dienstleistungen, welche bei der Freilassung vom Libertus dem Patronus eidlich angelobt oder auch auf des letztern Stipulation versprochen zu werden pflegten.

l. 13. §. 2. D. de operis libertorum. 38, 1. (Ulpianus lib. 38. ad edictum.)

> Judicium de operis tunc locum habet, quum operae praeterierint: praeterire autem non possunt, antequam incipiant cedere: et incipiunt, postquam fuerint indictae [1a]).

Noch allgemeiner sagt dies von operae certa die praestandae

l. 3. pr. D. h. t. (Pomponius lib. 6. ad Sabinum.)

> Operas stipulatus ante peractum diem operam ejus diei petere non potest.

Die praktische Bedeutung dieser Behauptung liegt aber darin, daß die Klage aus einer derartigen Forderung auf das Interesse geht und dennach vollkommen theilbar ist.

l. 8. pr. D. h. t. (Pomponius lib. 8. ad Sabinum.)

> Si quando duobus patronis juraverit libertus operas se daturum, Labeoni placet, et deberi et peti posse partem operae: quum semper praeterita opera, quae jam dari non possit, petatur. quod contingit, si vel ipsis patronis juretur vel promittatur, vel communi eorum servo, vel complures heredes uni patrono existant.

---

1) S. z. B. l. 3. D. si quis in jus vocatus non ierit. 2, 5.

1a) l. 73. pr. i. f. D. de V. O. 45, 1. Vgl. auch noch z. B. l. 30. §. 1. D. h. t. 38, 1. u. s. w.

l. 54. §. 1. i. f. D. de V. O. 45, 1. (Julianus lib. 22. Dig.)

— Quod si unam operam servus communis stipulatus fuerit: necesse est utrique dominorum partem operae tantam, quantam in servo habuerit, petere. solutio autem ejus obligationis expeditissima est, si aestimationem operae malit libertus offerre: aut si consentiant patroni, ut his communiter operae edantur [2]).

l. 7. §. 6. D. h. t. 38, 1. (Paullus lib. 28. ad Sabinum). Si liberi patroni ex inaequalibus partibus essent instituti, utrum pro parte dimidia, an pro parte hereditaria habeant operarum actionem? Et puto verius, liberos pro aequalibus habere actionem.

Es erscheint mithin in diesen Fällen der Klaganspruch als durchaus theilbar, aber bedingt durch das Ausbleiben einer an sich untheilbaren Leistung, welches der schuldnerischen Seite zugerechnet werden kann [3]). Liberirt wird dieselbe also auch von der Leistung des Interesse, wenn für sie eine wahre Unmöglichkeit zu jener in conditione befindlichen Handlung casu eingetreten ist [4]).

Hierbei darf jedoch nicht übersehen werden, daß im Falle einer ursprünglichen Mehrheit von Obligationssubjecten jene Theilung des Klaganspruchs nur auf gläubigerischer Seite statthaben kann. Jeder einzelne von mehreren ursprünglichen Schuldnern dagegen haftet auch für das Interesse in solidum, als hätte er die in conditione befindliche Leistung für sich allein übernommen, — wie er denn auch durch eine wahre Unmöglichkeit derselben, die nur ihn casu betrifft, für sich allein liberirt werden muß. Wollte man hier eine solche separate Behandlung der einzelnen ursprünglichen Schuldner nicht annehmen, dieselben vielmehr stets gemeinsam, einen jeden aber nur in partem haften lassen, so müßte man infolge der casuellen Unmöglichkeit der Naturalleistung, welche nur den einen getroffen hat, entweder auch die übrigen frei werden lassen: was offenbar sinnwidrig sein würde; — oder man müßte jenen einen, trotz dieser für ihn vorhandenen casuellen Unmöglichkeit, neben den übrigen pro rata für

---

[2]) Vgl. oben §. 6. zu Note 8. S. 35.

[3]) Auf diese Naturalleistung, nicht auf den Klaganspruch, bezieht sich Ulpian in l. 15. D. h. t. (s. oben §. 6. S. 33.) Ribbentrop, Correalobl. §. 24. S. 236. f. Note 16.

[4]) l. 15. pr. l. 17. l. 23. §. 1. D. h. t. 38, 1. S. oben §. 6. vor Note 8.

das Interesse forthaften lassen: was ausgesprochenen Grundsätzen des Rechtes zuwiderläuft. Denn alsdann würde jener erste Schuldner für ein factum alienum haften. Eine solche Haftung aber ist nur unter der einen oder der andern von zwei Voraussetzungen statthaft, deren hier keine vorliegt. Nämlich entweder, wenn die Personen, deren facta und Haftung in Betracht kommen, Correalschuldner sind: was eben durch die absolute Haftung des einzelnen in partem ausgeschlossen würde. Oder, wenn diese Haftung in conditione einer poena ausdrücklich versprochen ist [5]). Eine getheilte Haftung der mehreren Schuldner für das Interesse ließe sich also nur noch dadurch herausbringen, daß man die Verpflichtung des einzelnen so interpretirte, als hätte er, unter der Bedingung des Ausbleibens der ihm obliegenden Naturalerfüllung, das Interesse zu leisten, aber, mit Rücksicht auf die Concurrenz der übrigen, nur pro parte. Diese Interpretation widerstreitet aber ohne Frage der Willensmeinung der Parteien. Denn gewiß soll danach wenigstens derjenige der mehreren Schuldner, welcher mit seiner Naturalleistung dolos oder culpos ausbleibt, für das Interesse in solidum aufkommen. — Die einzige Gemeinschaftlichkeit, welche die Verpflichtungen mehrerer ursprünglichen Schuldner haben, besteht also darin, daß die Tilgung der einen durch Befriedigung des Gläubigers auch die übrigen tilgt [6]).

Anders liegt die Sache im Falle einer durch Erbgang herbeigeführten Mehrheit von Schuldnern, sofern nämlich hier die Obligation überhaupt fortdauert, — was selten geschieht. In dieser Beziehung steht jener Satz über die Unstatthaftigkeit der Haftung für ein factum alienum nicht im Wege, eine gemeinsame Haftung der Erben für die Naturalleistung anzunehmen, solange nur noch einem von ihnen diese Naturalleistung rechtlich möglich ist. Es gelten hier ganz und gar die Grundsätze über eine bedingte Obligation [7]). Am zweifellosesten ist dieses, wenn die Abwendung der Bedingung, d. h. die ordnungsmäßige Naturalleistung, schon vor dem Erbschaftsantritte, namentlich schon bei Lebzeiten des Erblassers, unmöglich geworden ist, die Obligation aber gleichwohl fortdauert. Denn in diesem Falle ist von vornherein eine in allen Beziehungen theilbare, unbedingte Obligation zur Leistung des Interesse auf die Erben übergegangen.

---

5) l. 38. pr. §§. 1. 2. D. de V. O. 45, 1. s. unten §. 14. — Ueber den Ausdruck poena s. unten §. 19. Note 9.

6) S. auch unten §. 28. zu Noten 5 und 17. und §. 33 zu Note 1.

7) S. unten §. 17.

§. 12. 2) Solche, aus denen geklagt werden kann, wenn die Naturalerfüllung noch möglich ist.

Es bleiben uns zur Betrachtung endlich noch diejenigen obligationes strictae auf ein untheilbares facere, bei denen die Möglichkeit der Naturalerfüllung die Zeit der Klaganstellung überdauert oder wenigstens überdauern kann.

Abgesehen von dem Verlaufe der gerichtlichen Geltendmachung zeigen diese Obligationen eine völlige Uebereinstimmung mit den in §. 11. besprochenen Schuldverhältnissen.

Ob die Naturalerfüllung von Einem der mehreren Schuldner oder durch die sei es gleichzeitige, sei es einander ablösende Thätigkeit einiger von ihnen oder ihrer aller beschafft werden könne oder müsse: das wird sich nach dem besondern Inhalte der einzelnen Verpflichtung bestimmen. Aber auch die thatsächliche Statthaftigkeit oder Nothwendigkeit der gemeinsamen Leistung gestaltet nach dem Begriffe der Untheilbarkeit diese Concurrenz niemals zu einer quotenweisen Theilung der Obligation.

Die Frage: wann auch nach der Litiscontestation der Schuldner sich durch die Naturalleistung des untheilbaren facere befreien könne, wann nicht? — ist selbstverständlich nur unter der Voraussetzung möglich: omnia judicia absolutoria esse [1]). Sie beantwortet sich übrigens nur nach dem concreten Inhalte der einzelnen Obligation, ja, häufig sogar nur mit Rücksicht auf die zufälligen Umstände des Augenblickes.

Sind nun mehrere Personen berechtigt, die Vornahme einer solchen untheilbaren Handlung zu fordern, so wird, ganz ebenso wie bei den Obligationen auf Bestellung einer untheilbaren Prädialservitut,

---

[1]) §. 2. J. de perp. act. 4, 12. — Vgl. l. 84. D. de V. O. 45, 1. (Paull. lib. 74 ad edict.) Man nimmt jetzt meist an, daß diese Stelle von der Ansicht der Proculejaner ausgehe und demnach nur durch ein Versehen in die Compilation aufgenommen sei. S. Bethmann-Hollweg, Gerichtsverf. und Proceß des sinkenden Röm. Reichs. §. 29. S. 320. Note 75. v. Savigny, Syst. Bd. V. §. 223. S. 135. Note u. Bd. VI. §. 261. S. 62. Note m. Wächter, Erörterungen. Hft. 3. S. 26. S. 40. f. Fr. Mommsen, Mora. S. 34. Note 13. S. 328. Puchta, Institt. Bd. II. §. 172. Note i. Vgl. Wetzell, der röm. Vindicationsproc. S. 194. v. Vangerow, Lehrb. Bd. III. §. 614. S. 364. S. übrigens auch Ribbentrop, Comment. ad l. 16. §. 5. D. de pign. et l. 9. §. 1. D. de exc. rei jud. p. 24. Note 26. — Es hat hier zu wenig Interesse für uns, diese Frage aufzunehmen.

jeder einzelne dieser mehreren Gläubiger die Condemnation nur soweit durchzusetzen vermögen, als es ihn angeht. Und zwar wird hier jedenfalls das wirkliche Interesse abgeschätzt [2]).

Wie aber, wenn auf schuldnerischer Seite mehrere Personen stehen? Ist auch hier die Analogie der Obligationen auf Bestellung einer Prädialservitut statthaft, wonach ein jeder der mehreren Schuldner sich die Verurtheilung in den vollen Betrag der Litisästimation gefallen lassen muß? Oder tritt hier eine Condemnation nur pro rata ein?

Die herrschende Meinung nimmt durchaus das Letztere an. Sie stützt sich dabei auf

l. 72. pr. D. de V. O. 45, 1. (Ulpianus lib. 20. ad edictum.)

> Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt: veluti viae, itineris, actus, aquaeductus, caeterarumque servitutum. Idem puto, et si quis faciendum aliquid stipulatus sit: utputa fundum tradi, vel fossam fodiri, vel insulam fabricari, vel operas, vel quid his simile: horum emin divisio corrumpit stipulationem.
>
> Celsus tamen lib. 38. Dig. refert, Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere: ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem: secundum quem [3]), Celsus ait, posse dici, justa aestimatione [4]) facti dandam esse petitionem.

Ein weiteres Argument hierfür scheint auf den ersten Blick zu liegen in l. 49. §. 4. D. de leg. II. (Paullus lib. 5. ad leg. Jul. et Papiam.)

> Si testator dari quid jussisset, aut opus fieri, aut munus dari: pro portione sua eos praestare, quibus

---

[2]) Fr. Mommsen, Interesse. §. 10. S. 84. f. Vgl. oben §. 8. Note [2a].

[3]) Holoander und die Vulgata lesen: secundum quae.

[4]) Gebauer und Kriegel bemerken hier zwar keine Variante; doch findet sich die Lesart: juxta aestimationem z. B. in folgenden Ausgaben der hiesigen Bibliothek: Dig. nov. de Ragazonibus (?) s. l. e. a. — Dig. nov. Lugd. Opera Francisci fradin impressoris. Ao. 1523. — Dig. nov. s. l. e. a. Der Einband zeigt auf der Vorderseite in gepreßtem Leder deutlich erkennbar: año LXXXII. (1482?). — Dig. nov. Lugd. Nicol. de benedictis. 1506. u. s. w. — S. Donell. c. l. ad h. l. Nro. 52. de Scheurl. c. l. p. 40. verb. juxta aestimationem]. pp.

pars hereditatis accresceret, aeque atque caetera legata placet.

Allein diese Stelle handelt ganz und gar nicht von den Modalitäten, unter denen die einzelnen Erben zur Naturalerfüllung einer untheilbaren Auflage concurriren. Ihr ganzes Gewicht liegt vielmehr auf dem Umstande, daß der Uebergang letztwillig begründeter Onera mit der durch sie belasteten Erbportion unabhängig sei von der Form ihrer Anordnung. Ein solcher Uebergang war nämlich vor der lex Julia et Papia ausgeschlossen rücksichtlich der Damnationslegate und Fideicommisse, die einem bestimmten Erben auferlegt waren. Nach jenem Gesetze aber muste derjenige, dem das jus caducorum vindicandorum zustand, mit den übrigen onera der portio caduca auch diese Vermächtnisse übernehmen [5]). Daß auch der Substitut im Zweifel die obligatorischen onera zu erfüllen habe, welche dem Institnten auferlegt waren, hat erst Septimius Severus bestimmt [5a]). Und im Anschlusse an diese Bestimmung hat alsdann die Jurisprudenz den Satz: portio transit cum suo onere auf das Accrescenzrecht ausgedehnt [5b]). Die l. 49. §. 4. ist hier also gar nicht zu benutzen. Höchstens erweist sie die definitive Ausgleichung der untheilbaren Auflage unter die mehreren damit belasteten Erben, insofern diese pro portionibus hereditariis sich darüber berechnen [5c]).

Worauf beruht es aber, daß die Condemnation bei Obligationen auf ein untheilbares facere unter die mehreren Schuldner getheilt wird, bei Obligationen auf Bestellung einer untheilbaren Prädialservitut jeden der mehreren Schuldner in solidum trifft?

Eine gewöhnliche Meinung darüber ist diese. Nach der Ansicht der Römer sei bei Obligationen auf dare, also auch bei denjenigen auf die Bestellung einer civilen Prädialservitut, der Gegenstand des dare selbst in obligatione gewesen, und die Condemnation auf Geld habe nur das Surrogat des eigentlichen Schuldobjectes gebildet; — bei Obligationen auf ein facere jedoch sei der Geldwerth des nicht

---

5) Ulp. 17. §. 3. f. auch l. 28. D. de legat. II. vgl. l. 29. §§. 1. 2. D. de leg. II. verbunden mit l. 90. D. de leg. III. (s. auch l. 29. cit. pr.) — Francke, Beiträge. Sechste Abh. S. 118. f.

5a) l. 74. D. de legat. I. — Francke, S. 119 f.

5b) l. 61. §. 1. D. de legat. II. l. 4. Cod. ad SC. Trebell. 6, 49. — Francke, S. 120.

5c) S. v. Savigny, Obl.-R. Bd. I. §. 34. Note e. S. 358 f. Brinz, Krit. Blätter. Hft. 4. S. 46.

geleisteten Factums (id quod interest) das wahre Object der Verpflichtung, das facere dagegen nicht sowohl in obligatione, als lediglich in solutione gewesen. Demgemäß habe dort der einzelne von mehreren Schuldnern auf den vollen Betrag der Litisästimation wegen der Servitut verurtheilt werden müssen, wie er ja diese Servitut selber in solidum geschuldet habe; — hier aber habe consequenterweise der einzelne nur pro rata in das Interesse condemnirt werden können, das den ursprünglichen Gegenstand der Obligation ausmache.

Als Vertreter dieser Meinung wollen wir, um der Literatur vor der Auffindung des echten Gajus zu geschweigen, nennen: von Scheurl[6]) und von Vangerow[7]). — Allein es ist eine völlig unerwiesene und unerweisbare Behauptung, daß die Römer wirklich der Ansicht gewesen, bei obligationes faciendi sei das Interesse in anderm Sinne Gegenstand der Verpflichtung, als bei obligationes dandi. Daß man vor der Entdeckung des echten Gajus, aus dem man gelernt hat, wie im classischen Rechte die Condemnation stets auf Geld gegangen ist[8]), jene Meinung aus verschiedenen Stellen herausgelesen[9]), ist am Ende verzeihlich; nunmehr aber hätte man billig dieselbe aufgeben sollen. Sie hat in der That gar keinen Halt. Auch wahrlich nicht in dem Ausdrucke, den die ll. 68. (Paullus) und 112. §. 1. (Pomponius) D. de V. O. 45, 1. von derartigen stipulationes faciendi gebrauchen: „venit in stipulationem id, quod interest". Denn venire in stipulationem oder in stipulatione wird keinesweges blos gesagt von dem, was in obligatione

---

6) c. l. p. 35 sqq. p. 93. p. 97.

7) Lehrb. der Pand. Bd. III. §. 567. S. 10 f. — Brinz, Krit. Bl. Hft. 4. S. 46 ff. unterscheidet zwischen der Haftung für eine Leistung und der Haftung mit einer Leistung. Es scheint das aber doch eben hinauszukommen auf den Unterschied des esse in solutione und des esse in obligatione. Nur, daß nach dieser Unterscheidung der Gegensatz der stipulatio faciendi und der stipulatio servitutis noch viel schneidender positiv heraustritt, als nach der gewöhnlichen Meinung.

8) Gaj. IV. §. 48.

9) Namentlich aus l. 13. §. 1. D. de re jud. 42, 1. l. 43. D. de jud. 5, 1. und unserer l. 72. pr. D. de V. O. 45, 1. Man redete wohl von einer obligatio primaria auf das factum und einer obligatio secundaria auf das Interesse u. s. w. — Vgl. dagegen Mommsen, Mora. S. 32 ff. namentlich Note 11. Ders., Interesse. S. 85. Note 2. Arndts, Pand. §. 216. Anm.

sich befindet; sondern ebenso wohl bezeichnet es den materiellen Inhalt, die praktische Bedeutung, den reellen Werth der Stipulation [10]).

Darin also kann die Erklärung für den angeblichen Unterschied in der Behandlung der Obligationen auf ein untheilbares facere und derer auf Bestellung einer untheilbaren Prädialservitut nicht liegen.

Selbst wenn übrigens diese Begründung richtig wäre, so würde sie sich doch immer nur beziehen können auf die verschiedene Behandlung der Erben aus den Obligationen des einen und des andern Inhaltes. Dagegen müßten auch nach ihr die mehreren Personen, welche ursprünglich zu einem untheilbaren facere verpflichtet sind, mit Nothwendigkeit auch für das Interesse in solidum haften. Denn es erscheint ja nach dieser Auffassung die Leistung des Interesse als der wahre Inhalt der rechtlichen Obligirung, welche stillschweigend bedingt ist durch das Ausbleiben der Naturalleistung. Es wäre also, was den allgemeinen Inhalt der Obligation anbetrifft, dies genau derselbe Fall, den wir im vorigen Paragraphen besprochen haben. Denn der Umstand, daß bei den eben behandelten Obligationen zur Zeit der Klage die Condemnation nicht mehr durch die Naturalleistung abgewandt werden kann, ändert in der hier fraglichen Beziehung nichts. Nun aber haben wir bereits dort gezeigt, wie bei Obligationen, deren Inhalt die Leistung des Interesse an einer stillschweigend in conditione befindlichen Handlung ist, jeder einzelne von mehreren ursprünglichen Schuldnern in solidum auf das Interesse der Art verpflichtet sein müsse, als sei er der einzige Schuldner; und daß eine Gemeinsamkeit der verschiedenen Obligationen dieser mehreren Schuldner nur darin bestehe, daß die Befreiung des einen mittels der Befriedigung des Gläubigers auch die andern liberire.

Eine andere Begründung für jenen angeblichen Unterschied der obligationes strictae auf ein untheilbares facere und deren auf eine untheilbare Servitut hat Ribbentrop [11]) aufgestellt; und seiner Ausführung haben sich z. B. Arndts [12]) und Brinz [13]) angeschlossen. Diese Begründung wird gefunden in der verschiedenen Fassung der Formeln, mit welchen hier und dort geklagt worden sei. Die formula aus der stipulatio servitutis habe nämlich gelautet:

10) S. z. B. l. 21. D. de V. O. 45, 1. (Pompon.) l. 56. D. sol. matr. 24, 3. und l. 18. §. 4. D. de damn. inf. 39, 2. (Paull.)

11) Correalobl. S. 233 f. vgl. auch S. 140. f. Note 20. a. E.

12) Pand. §. 216. Anm.

13) Krit. Blätter. 4. Heft. S. 52.

Si paret, N^m N^m A^o A^o iter [viam etc.] dare oportere, quanti ea res est, tantam pecuniam judex N^m N^m A^o A^o condemna etc.; —

die formula aus der stipulatio operis:

Quod A^s A^s a N^o N^o opus stipulatus est, q. d. r. a., quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere oportet, id, judex, N^m N^m A^o A^o condemna etc.

Das quanti ea res est aber begreife die ganze aestimatio der geschuldeten Servitut, während in dem quidquid ob eam rem etc. nur der Antheil des einzelnen Schuldners an der Leistung des Interesse bezeichnet werde [14]).

Wir wollen nun ohne weiteres annehmen, daß aus der Stipulation und dem Damnationslegate einer civilen Prädialservitut stets die condictio certi gegeben worden sei; wir wollen es auch nicht anstößig finden, daß die obligatio stricta auf Bestellung des usus als eine obligatio incerti, der obigen Erörterung gemäß, analog der stipulatio facti, und nicht analog der Stipulation einer Prädialservitut, behandelt worden sei [15]). — Allein sehr bedenklich erscheint es gewiß von vornherein, einen so erheblichen Gegensatz in der Behandlung völlig ähnlicher Rechtsverhältnisse, für den zugegebenermaßen [16]) ein innerer Grund schwerlich vorhanden ist, lediglich aus der Formelfassung zu erklären. Es läge darin wahrlich ein nicht geringer Vorwurf für die so vielfach bewunderte Feinheit, mit welcher die römischen Juristen die Klagformeln aufzustellen und zu handhaben wußten. Die Formeln für Verhältnisse des jus civile sollen zur Verwirklichung des materiellen Rechtes dienen; ihre Fassung bestimmt sich also nach diesem materiellen Rechte, nicht aber umgekehrt das materielle Recht nach jener Formelfassung. Wenn die römischen Juristen nicht selten aus der Fassung der Formel auf das materielle Recht schließen, dasselbe daraus erklären, so ist das kein Widerspruch gegen unsere Behauptung. Denn dies geschieht nur unter der Voraussetzung, daß die

---

[14]) Ribbentrop, a. a. O. S. 136. — „jeder Erbe haftet aus den Obligationen des Erblassers nur pro portione hereditaria. Diese Regel kömmt auch auf untheilbare Obligationen, aus denen auf ein quidquid dare oportet, also aufs Interesse geklagt wird, zur Anwendung. u. s. w.

[15]) Vgl. de Scheurl, l. c. p. 92. i. f. sq. — S. v. Keller, Civilpr. Note 1113. A. M. v. Savigny, Syst. Bd. V. Beil. XIV. Nro. XXXIV. S. 617. ff. namentlich Note c. u. s. w.

[16]) Ribbentrop, a. a. O. S. 232.

Formel dem materiellen Rechte treu und genau angepaßt worden sei, und zeugt so vielmehr für uns [16a]).

Wie dem aber auch sei: im vorliegenden Falle würde aus der verschiedenen Fassung der Formeln durchaus weder ein declarativer noch ein constitutiver Schluß auf die Verschiedenheit der materiellen Behandlung der Condemnation aus beiden Formeln zu machen sein.

Wenn quidquid dare facere oportet wirklich das Interesse bedeutete, wie dies doch auch für Ribbentrops Ansicht unerläßliche Voraussetzung ist: so würde dieselbe bis auf den Ausdruck mit der andern Ansicht übereinstimmen, und alsdann würden wir unbedingt den andern Ausdruck vorziehen.

Allein die Annahme, daß quidquid ob eam rem dare facere oportet das Interesse, also eine Geldschuld, bedeutet, ist durchaus unhaltbar.

Jene Annahme hat ihren einzigen scheinbaren Stützpunct in folgendem Raisonnement. Gajus theilt uns mit, daß jede condemnatio auf eine pecuniaria aestimatio gefaßt gewesen sei [17]). Nun aber findet man in der einzigen uns vollständig überlieferten Formel einer actio incerta in personam in jus concepta, deren intentio eben unser quidquid zc. zeigt, wie diese Formel gewöhnlich gelesen wird, jene pecuniaria conceptio der condemnatio in der That nicht [18]). Und so hat man die condemnatio auf eine pecuniaria aestimatio demgemäß nur dann zu construiren vermocht, wenn man annahm, das quidquid zc. der intentio selber bedeute schon baares Geld. Wir haben an einem andern Orte [19]) den Vorschlag gemacht, zwei Siglen jener gajanischen Formel in numerata pecunia

---

[16a]) Man darf hierwider auch nicht etwa die Interpretationen anführen, welche die römischen Juristen z. B. aus der formula actionis hypothecariae auf das materielle Pfandrecht machen. Es ist nämlich nicht zu übersehen, daß der Prätor hier und in ähnlichen Verhältnissen das materielle Recht eben nur in der Weise schuf, daß er für gewisse Voraussetzungen eine bestimmte Klagformel ertheilte. Hier begründet die, ursprüngliche, Formel selbst erst das materielle, prätorische, Recht.

[17]) Gaj. IV. §. 48.

[18]) Es ist dies die formula depositi in jus concepta. Gaj. IV. §. 47. Die condemnatio lautet: id, judex, N^m N^m A^o A^o condemnato n. r. pp. Huschke liest bekanntlich dies n. r. = nisi restituat.

[19]) In Haimerls österr. Vierteljahrsschrift. Bd. 2. Hft. 2. (1858.) Ueber die Fassung der formula depositi in jus concepta nach Gaj. Comm. IV. §. 47. S. 279—289.

aufzulösen. Ob dieser Vorschlag das Richtige trifft, wollen wir hier nicht untersuchen; soviel jedoch glauben wir dargethan zu haben, daß in der Formel der Condemnation selbst eine Bezeichnung für baares Geld vorkommen müsse [20]). Und damit wäre jedenfalls die vermeintliche Nothwendigkeit widerlegt, in dem quidquid ꝛc. baares Geld zu finden.

Es bezeichnet vielmehr nichts weiter als den ursprünglichen Gegenstand der Verpflichtung. Und gerade umgekehrt begreift das quanti ea res erit keineswegs den ganzen ungetheilten Gegenstand der intentio, sondern eben nur denjenigen Antheil von dem Geldanschlage dieses Gegenstandes, welcher auf den einzelnen Schuldner kömmt. Dies wird evident durch die Formel einer actio arbitraria, nämlich der actio aquae pluviae arcendae, welche eine an sich untheilbare Leistung gegen einen von mehreren Verpflichteten verfolgt. Denn hier wird dieser einzelne nur pro rata verurtheilt [20a]).

Demnach wären wir also auf dem Puncte, eine Erklärung für jenen Gegensatz in der Behandlung der untheilbaren Obligationen auf ein facere und auf eine Prädialservitut überhaupt nicht zu wissen.

Das darf uns denn am Ende wohl in der Annahme eines solchen Gegensatzes äußerst schwierig machen. Steht die Thatsache seines Daseins wirklich so unerschütterlich fest?

Abgesehen von der l. 72 pr. cit. führt man zwei selbständige Beweise dafür auf, daß bei obligationes faciendi die Verurtheilung in die Litisästimation im Falle mehrerer Schuldner, namentlich mehrerer Erben des ursprünglichen Schuldners, nur pro rata geschehe.

Der erste dieser Beweise wird gefunden in mehreren Stellen, die es allerdings ganz zweifellos aussprechen, daß sehr häufig die Condemnation auch aus einer an sich untheilbaren Verpflichtung auf ein facere unter die mehreren Schuldner getheilt wird. Es sind dies l. 6. §. 1. und l. 11. §. 3. D. de a. et a. pl. a. a. (39, 3), l. 22, l. 7. §. 1. und l. 9. D. depos. (16, 3.) und l. 3. §. 3. D. commod. (13, 6.) [21]).

Allein die drei letzten Stellen handeln von dem ganz besondern Falle, in dem die untheilbare Naturalerfüllung durch die Schuld, namentlich den Dolus, des Erblassers nicht mehr möglich ist, die Obligation sich

---

20) Vgl. übrigens auch Huschke Gajus. S. 233.

20a) S. l. 11. §. 3. l. 6. §. 1. D. de a. et a. pl. a. a. 39, 3. Vgl. unten §. 22. Note 14.

21) S. Ribbentrop, a. a. O. S. 226 ff.

also als eine Verpflichtung zur Leistung des Interesse von vornherein getheilt vererbt hat. Die andern Stellen besprechen dieses Verhältniß allerdings nicht. Allein es könnte sehr wohl sein, daß die in ihnen behandelte Theilung der Litisästimation unter die mehreren zu einer an sich untheilbaren Leistung verpflichteten Personen durchaus auf dem arbitratus judicis [22]) und auf der bona fides jener Klagverhältnisse beruhete. Dies zu untersuchen, wird demnächst unsere Aufgabe sein; — hier genügt es, auf die Möglichkeit hinzuweisen, daß die Theilung der Litisästimation in den concreten Fällen eine specifische Eigenschaft der freien Klagen sei, um die Beweistüchtigkeit der angeführten Stellen für die Behandlung strenger Klagen mindestens höchst verdächtig zu machen [23]).

Der zweite Grund, auch bei strengen Obligationen auf ein facere die Theilung der Litisästimation unter mehrere Schuldner anzunehmen, soll liegen in l. 85. §. 3. D. de V. O. 45, 1. [24]).

Paullus behandelt nämlich in der l. 85. cit. die verschiedenen Fälle getheilter und ungetheilter Verwirklichung obligatorischer Ansprüche. Er unterscheidet dabei vier Kategorieen:

1) quod a singulis debitoribus divisum consequi possumus;
2) quod totum peti necesse est, nec divisum praestari potest;
3) quod pro parte petitur, sed solvi nisi totum non potest, und
4) quod solidum petendum est, licet in solutione admittat partis exsecutionem [25]).

Die zweite Kategorie ist es nun, die uns gegenwärtig angeht. Als zweifelloses Beispiel für diese Classe führt Paullus in §. 2. leg. cit. das legatum operis an. Singuli heredes, heist es hier, in solidum tenentur, quia operis effectus in partes scindi non potest. Im §. 3. fährt der Jurist also fort:

---

22) Der auch ex bono et aequo, secundum cujusque rei, de qua actum est, natura aestimat, quemadmodum actori satisfieri oporteat. §. 31. J. de act. 4, 6. Vgl. insbesondere unten §. 22. zu Note 10.

23) Vgl. einstweilen Arndts, Pand. §. 216. Anm. cit. — S. unten §. 22. §§. 28. 29.

24) Ribbentrop, a. a. O. §. 23. S. 204 f. Note 12. Brinz, Krit. Blätter. Hft. 4. S. 51. zu Note 107.

25) Vgl. über die Lesart der letzten Worte Ribbentrop, a. a. O. §. 21. S. 186 f. Note 7.

Quod si stipulatus fuero, per te heredemve tuum non fieri, quominus eam, agam: si adversus ea factum sit, tantum dari? et unus ex pluribus heredibus promissoris me prohibeat: verior est sententia existimantium, unius facto omnes teneri. quoniam licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor. sed caeteri familiae erciscundae judicio sarcient damnum.

Nach l. 4. §. 1. D. h. t. [26]), einer Stelle, welche gleichfalls von Paullus herrührt, kann es einem Zweifel nicht unterliegen, daß in dem Falle der l. 85. §. 3. cit. jeder einzelne der mehreren Erben pro portione hereditaria für die poena commissa hafte.

Das Gleiche muß auch dann gelten, wenn keine Conventionalstrafe für den Fall der Vornahme der versprochenen Unterlassung angelobt ist, und daher das nachweisbare Interesse des Gläubigers am non fieri verfällt [27]). Es wird aber einer weitläufigen Auseinandersetzung nicht bedürfen, daß das Versprechen einer untheilbaren Unterlassung etwas ganz Anderes sei, als dasjenige einer untheilbaren positiven Handlung. Bei jenem Versprechen nämlich kann stets nur auf das, wirkliche oder in einer Conventionalstrafe vereinbarte, Interesse geklagt werden, so daß demnach die Unterlassung lediglich als negative Bedingung für den Verfall der eigentlichen Obligation erscheint. Wir werden später hierauf zurückkommen; einstweilen wird so viel klar sein, daß nur kraft ausdrücklicher Quellenbelege angenommen werden darf, die stipulatio faciendi werde gleich der stipulatio non faciendi behandelt.

Ist nun l. 85. §. 3. cit. ein solcher Quellenbeleg?

Hieße es wie im §. 4. a. E. Idem juris est, oder wie im §. 7. Item si oder ähnlich, so würden wir eine solche Frage durchaus bejahen. Wie aber heist es hier? — Quod si ita pp.

Und was bedeutet Quod si? Bezeichnet es etwa wie Item eine anreihende Verbindung? O nein! dafür ist uns im ganzen Corpus juris kein einziges Beispiel aufgestoßen; massenweise aber solche Beispiele, aus denen hervorgeht, wie der wahre Sinn von Quod si eine Entgegenstellung sei, etwa unserm: Wenn aber, — wenn hingegen — entsprechend. Man vergleiche nur z. B. l. 7. §. 1. i. f. D. quod

---

26) S. unten §. 17.

27) Ribbentrop, a. a. O. S. 205. Note. A. M. v. Savigny. Obl.-R. Bd. 1. S. 365 f. S. darüber unten §. 14. Note 1a.)

vi aut clam. 43, 24. l. 1. §. 1. D. fam. ercisc. 10, 2. l. 10. 27. 31. D. de pign. act. 13, 7. l. 43. D. de R. V. 6, 1. l. 21. §. 4. D. de nox. act. 9, 4. l. 7. §. 5. l. 9. pr. l. 27. §§. 1. 2. D. de lib. caussa. 40, 12. l. 7. §. 6. D. pro empt. 41, 4. l. 15. D. de exc. rei jud. 44, 2. l. 21. D. de dolo m. 4, 3. l. 6. §. 6. D. de a. e. a. pl. a. a. 39, 3. l. 9. §. 1. D. de furt. 47, 2. — Gaj. IV. §. 163. — l. 8. Cod. ad exhib. 3, 42. l. 1. Cod. de lib. exh. 8, 8. l. 4. Cod. de dolo m. 2, 21. und von Paullus selbst l. 8. §§. 3. 7. D. de O. N. N. 39, 1. l. 36. D. fam. ercisc. 10, 2. l. 38. §. 7. D. de usur. 22, 1. l. 7. D. de aqua quottid. 43, 20. l. 30. §. 1. D. de exc. rei jud. 44, 2. u. s. w.

Weit entfernt also, daß der §. 3. der l. 85. für die Theilung der Litisästimation eines untheilbaren facere unter mehrere Schuldner zeugte, dürfte er vielmehr gerade des Gegensatzes halber, in welchem er zu dem im vorhergehenden Paragraphen besprochenen Falle steht, dafür zeugen, daß hier, nämlich im Falle der obligatio stricta auf ein untheilbares facere, eine Theilung der Litisästimation unter die mehreren Schuldner nicht eintrete.

von Savigny hat hierfür noch drei andere Gründe.

Zunächst den Grund, daß in mehreren Stellen der Pandekten die vollkommen gleiche Behandlung der Obligationen auf eine Servitut und auf ein opus ausgesprochen werde [28]). Wir wollen jedoch auf diese Stellen nicht allzuviel Gewicht legen. L. 80. §. 1. D. ad leg. Falcid. 35, 2. spricht von untheilbaren Legaten nur im allgemeinen. L. 11. §. 24. D. de legat. III., die übrigens nicht von Legatsobligationen, sondern von Fideicommissen handelt, kann durchaus von der Naturalerfüllung verstanden werden. Und ebenso ist endlich in l. 72. pr. D. de V. O. 45, 1. das Idem puto, mit dem Ulpian von den stipulationes viae ꝛc. auf die stipulationes faciendi übergeht, am richtigsten auf die Naturalerfüllung zu beschränken. Denn der Grund der Gleichstellung beider Kategorieen von Obligationen liegt nach den Worten: divisionem non recipiunt und horum divisio corrumpit stipulationem durchaus in der Untheilbarkeit des Inhaltes beider, was nur rücksichtlich der Naturalprästation Sinn hat [29]).

---

28) Obl.-R. Bd. 1. §. 34. S. 361.

29) S. Brinz, Krit. Bl. Hft. 4. S. 49. — v. Savigny sollte sich übri-

Einen zweiten Grund dafür, daß die Litisästimation sich unter die mehreren zu einem untheilbaren Thun Verpflichteten nicht theile, findet von Savigny in dem Ausdrucke: in solidum tenentur, der wiederholt von den einzelnen dieser Verpflichteten vorkömmt [30]). — Allein teneri kann sehr wohl gesagt werden von der Verpflichtung, durch deren Erfüllung die Condemnation abgewandt wird [31]). Und daß diese Verpflichtung jeden der mehreren Schuldner in solidum treffen müsse, das steht ja fest.

Bedeutend dagegen ist der dritte Grund, den von Savigny auch besonders betont [32]). „Die solidarische Obligation", sagt er, „ist überall ein Vortheil des Glaubigers, ein Nachtheil für den Schuldner. Von diesem Nachtheil nun sollen die Schuldner befreit werden in dem Zeitpunkt, in welchem man ihnen zuerst eine tadelnswerthe Versäumniß, also eine entschiedene Rechtsverletzung, vorwerfen kann. Eine umgekehrte Verwandlung der Obligation hätte offenbar noch mehr Sinn, als diese." — Hierin ist mit entschiedenem Nachdrucke das anzuerkennen, was die herrschende Ansicht ganz außer Acht läßt, nämlich daß der Schuldner durch eigne Widerrechtlichkeit seine rechtliche Lage nicht verbessern kann [32a]). — Mehr freilich aber auch nicht. Allgemein also würde sich aus diesem Satze von Savignys Behauptung nur dann folgern lassen, wenn jede Nichterfüllung der Obligation, die den Gläubiger zum gerichtlichen Verfahren zwingt, wirklich ein tadelnswerthes Verschulden des Verpflichteten voraussetzte, — und wenn jede Unmöglichkeit der Naturalerfüllung, welche nicht vom gegenwärtigen Schuldner

---

gens am wenigsten gerade auf diesen Punct berufen; denn, da er die stipulatio fundum tradi, welche Ulpian doch auch der stipulatio viae gleichstellt, als eine unter einer Conventionalstrafe abgeschlossenen Stipulation erklärt — §. 32. S. 341. ff. —, bei einer solchen aber die Strafe sich pro portione hereditaria unter die mehreren Erben des Schuldners theilt: so ist er hier mit sich selber im Widerspruche.

30) l. 85. §. 2. D. de V. O. 45, 1. l. 80. §. 1. D. ad leg. Falcid. 35, 2. l. 11. §. 23. D. de legat. III. (S. auch l. 2. §. 2. D. de V. O. 45, 1.) v. Savigny, a. a. O. S. 362.

31) S. z. B. l. 16. D. dep. 16, 3. — eatenus eum teneri, apud quem tu deposueris, ut actiones tibi praestet. l. 8. §. 10. D. mand. 17, 1. — teneberis mihi, ut restituas. — non teneberis, nisi ad hoc, ut caveas. pp. u. s. w. — Donell. ad l. 72. pr. D. de V. O. 45, 1. Nris 55. 56. — Brinz, Krit. Bl. Hft. 4. S. 45 ff. namentlich S. 50.

32) a. a. O. S. 362 f.

32a) S. darüber namentlich Fr. Mommsen, Interesse. §. 8. S. 70 ff. — Vgl. auch unten §. 33. zu Note 17a.

veranlaſt ist, denselben befreiete. Wie aber, wenn der zu einer untheilbaren Leistung Verpflichtete die Möglichkeit der Leistung schuldhafterweise vereitelt hätte und darauf von mehreren Personen beerbt würde? Befreiet von aller Haftung sind diese Erben gewiß nicht; — warum aber sie, die von vornherein nur das Interesse schuldig geworden sind, hierfür in solidum haften sollten, das läſt sich gar nicht einsehen. Denn, das ist in der That nichts als petitio principii, daß da, wo die Solidarität der Haftung lediglich auf die Untheilbarkeit des geschuldeten Gegenstandes herbeigeführt worden, der Gläubiger ein unentreißbares Recht auf den Vortheil, der Schuldner eine unweigerliche Pflicht zur Last einer solidarischen Obligation auch dann noch habe, wenn die originirende Ursache ohne Verschuldung des letztern weggefallen ist. Wir werden in der That später die Gelegenheit haben, von Savignys Behauptung, „daß überhaupt kein Fall vorkomme, in welchem eine Obligation, die einmal als solidarisch angefangen habe, diese Natur in der Folge verändere, und in den Zustand einer getheilten Obligation übergehe", — quellenmäßig zu widerlegen [32b]).

Indessen, wenn wir uns auch auf seine beiden ersten Argumente dafür gar nicht, und auf sein drittes Argument wenigstens nicht unbedingt stützen mögen: so müssen wir doch in der Sache selbst der Ansicht von Savignys beitreten, welche mehr durch unwillkürliche Intuition, als durch besondere Gründe getragen wird. Es ist schlechterdings keine Erklärung ausfindig zu machen, weshalb bei obligationes strictae auf ein untheilbares facere durchgehends die Litisästimation anders behandelt werden sollte, als bei derartigen Obligationen auf eine untheilbare Servitut. Dem Charakter einer strengen Obligation aber scheint es durchaus zu entsprechen, daß der Schuldner, gegen den die intentio, sei es direct, sei es vermöge der demonstratio, auf das ganze untheilbare Object der ursprünglichen Verbindlichkeit gerichtet ist, unbedingt in die ganze Litisästimation condemnirt werde. Von den Obligationen auf Servituten wird es uns ausdrücklich bezeugt; wir haben es nicht minder bei den Obligationen auf ein untheilbares Thun anzunehmen.

Das Einzige, was hiergegen Bedenken erregt, ist der Schluß des pr. unsrer l. 72 cit. Wir lassen ihn hier noch einmal folgen:

Celsus tamen lib. 38. Dig. refert, Tuberonem exis-

32b) S. unten §. 28. a. E. §. 29. §. 33 zu Note 35. S. auch v. Savigny selbst a. a. O. §. 20. sub B. und C. S. 203 ff.

timasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere; ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem. secundum quem Celsus ait posse dici, justa aestimatione facti dandam esse petitionem.

von Savigny[33]) sucht diese Stelle folgendermaßen zu beseitigen. Ulpian führe keineswegs die Meinung des Tubero nach dem Celsus an, um dieselbe zu billigen. Er selber habe vielmehr ausdrücklich in dem Idem puto erklärt, daß von den stipulationes in faciendo ganz Dasselbe gelte, wie von den stipulationes servitutis. So bedürfe es denn seinerseits gar keiner besondern Widerlegung für jene Meinung des Tubero, die er als „eine literarische Curiosität", „eine fast verschollene Merkwürdigkeit" noch hinzufüge.

Diese Auseinandersetzung hat wenig Beifall gefunden[34]). Ueber die Bedeutung des „Idem puto" haben wir uns vorhin schon erklärt: und damit würde denn allerdings Ulpians eigne Meinung über den zweifelhaften Punct keineswegs als so unzweifelhaft sicher erscheinen, daß nicht eine ausdrückliche Widerlegung einer von ihm angeführten, der seinigen geradezu und „völlig unvereinbar" entgegenstehenden Ansicht dringendes Bedürfniß zum Verständniß wäre. Soviel aber scheint über Tuberos Ansicht doch immerhin festzustehen, daß Celsus ihr beistimmt[35]). Denn Celsus referirt sie nicht blos, sondern er zieht aus ihr expressis verbis eine Folgerung, ohne daß nur irgendwie eine Andeutung vorkäme, aus der seine Absicht geschlossen werden dürfte, mit dieser Folgerung den Tubero ad absurdum zu führen. Und Celsus war doch sonst eben nicht blöde[36])! — In der That

---

33) a. a. O. S. 363 ff. — Ob Ant. Merenda, Controversiarum Juris Libri XXIV. Lib. VIII. c. 28. Nris 15—19. 23. (Ed. novissima. Bruxellis 1745. Fol. p. 54. sq.) derselben Ansicht sei, wie von Savigny a. a. O. Note n. behauptet, will ich hier nicht untersuchen; mir scheint es nicht so.

34) Außer Kuntze, die Obligation und die Singularsuccession des röm. und des heut. Rechtes. S. 234. und v. Holzschuher, Theorie und Casuistik. Bd. 3. Aufl. 2. Leipz. 1858. S. 11 wüßte ich keinen ihr bestimmt beitretenden Schriftsteller zu nennen. Vgl. indessen Rudorff zu Puchtas Pand. §. 233 Note o. Schirmer, Judicialstipp. S. 84. Note 2. Alfr. Brinkmann, a. a. O. S. 104. Note 2. Bekker, processſ. Consumpt. S. 230.

35) A. M. v. Savigny, a. a. O. Note n.

36) S. z. B. l. 27. D. qui test. fac. 28, 1. l. 67. §. 2. D. de furt. 47, 2. l. 59. §. 1. D. de hered. instit. l. 10. §. 1. D. de negot. gest. 3, 5. l. 21. §. 11. D. de recept., qui arbitr. 4, 8. l. 27. D. de usurpat. 41, 3. l. 91.

gewinnt Tubero dadurch, daß gerade Celsus ihn öfter und zwar anerkennend erwähnt [37]), noch mehr als durch die andern Berichte über ihn [38]), ein Ansehen, das es an sich schon unwahrscheinlich macht, Ulpian werde die Widerlegung einer Meinung von ihm für überflüssig erachtet haben. Vollends aber, wenn Celsus derselben beigetreten war. Denn Celsus wäre in dieser Weise gewiß nicht abgethan worden von ebendem Ulpian, der anderswo bei einer Streitfrage sich kurzum begnügt zu sagen: „ego Celso adquiesco [40])“.

Es bleibt uns also wohl nichts Anderes als anzunehmen, daß Ulpian der Meinung des Celsus und des Tubero beitrete.

Allein es ist noch die Frage: worin denn eigentlich die Meinung dieser beiden Juristen bestehe?

---

§. 3. D. de V. O. 45, 1. l. 29. pr. D. de evict. 21, 2. l. 1. §. 2. i. f. D. ad municip. 50, 1. l. 13. pr. D. de in diem. add. 18, 2.

37) S. z. B. l. 2. §. 1. D. de usu et habit. 7, 8. l. 5. §. 4. l. 6. l. 7. pr. D. de pec. 15, 1. (Die Definition des Peculium stammt von Tubero.) l. 7. §§. 1. 2. D. de supell. leg. 33, 10. („magnopere me Tuberonis et ratio et auctoritas movet“ —.) l. 43. D. de legat. III.

38) S. z. B. (Pompon.) l. 2. §. 46. D. de O. J. 1, 2. „Tubero doctissimus quidem habitus est juris publici et privati.“ — (Javolen. ex posterioribus Labeonis etc.) l. 29. §. 4. D. de legat. III. l. 7. pr. D. de trit. leg. 33, 6. — l. 77. D. de contr. empt. 18, 1. l. 13. §. 30. D. de A. E. e. V. 19, 1. (cf. §§. 16. 17 eod., wo Celsus, und §. 22. eod., wo Labeo citirt ist.) l. 25. pr. D. de instr. etc. leg. 33, 7. — (Paull. ad Vitellium.) l. 32. §. 1. D. de auro et arg. 34, 2. (Ulpian.) l. 1. pr. D. de a. e. a. pl. a. a. 39, 3. (Das Citat bei Gajus, Comm. 1. §. 136 ist ganz verstümmelt.)

Die alterthümelnde Schreibart, deren wegen die Schriften des Tubero unbeliebt waren, kann keinen Grund bilden, den Inhalt seiner Ansichten, den Ulpian selber citirt, einer Widerlegung unwerth zu achten. — Daß „Ulpian sich nicht einmal die Mühe gegeben habe, die Schrift des Tubero einzusehen“ (s. v. Savigny a. a. O. Note n.) —, will schwerlich etwas bedeuten, wenn man bedenkt, das Tuberos Schriften unbeliebt, also gewiß niemals sehr verbreitet waren, und daß zwischen Tubero und Ulpian ein Zeitraum von 200 bis 250 Jahren liegt, was begreiflich in der fraglichen Beziehung vor Erfindung der Buchdruckerkunst noch mehr austrägt als jetzt. u. s. w. — Ueberhaupt scheint Celsus der jüngste Gewährsmann für die Ansichten Tuberos zu sein. Die Hauptquelle sonst für die Kenntniß der Ansichten des Tubero und der ihm etwa gleichzeitigen Juristen war für die Späteren Labeo und Sabinus (namentlich ad Vitellium.) s. Sanio, zur Geschichte der Röm. Rechtswissenschaft. Königsberg 1858. S. 77. 79. 108 f.

40) l. 7. §. 1. D. de oper. libert. 38, 1. S. auch l. 1. §. 3. D. de flumin. 43, 12.

Gewöhnlich faßt man die Sache folgendermaßen. Tubero habe gemeint, daß die Stipulation auf ein untheilbares facere mittels der bei der Condemnation nothwendig eintretenden Verwandlung in eine Geldschuld theilbar werde und also, im Falle mehrerer Schuldner, getheilt werden müsse. Celsus aber füge nun hinzu, daß in einem solchen Falle die Klage also nicht eigentlich auf das facere selber, sondern auf dessen Geldwerth gerichtet sei.

Eine so triviale Bemerkung hätte Celsus sicherlich nicht gemacht. Am wenigsten in der Weise, daß er sie als eine scharfsinnige, vielleicht eben deshalb etwas zweifelhafte, praktische Schlußfolgerung aus der Meinung des Tubero hinstellte: secundum quem posse dici [41]). Soviel scheint also klar, daß Celsus nicht von der mittels der Condemnation eintretenden Verwandlung der obligatio facti in eine Geldschuld rede. Und ebenso wenig natürlich Tubero. Das aber hat der feine Tact von Savignys mit meisterhafter Sicherheit herausgefühlt, daß die Mittheilung Ulpians über die Meinung des Celsus und des Tubero keine alltäglich wiederkehrende Erwägung behandle. Ja, sollte in jenen Schlußworten der l. 72. pr. cit. das erörtert werden, ob durch die Condemnation die obligatio stricta auf ein facere zu einer theilbaren werde, — dann würde Ulpian schwerlich mit Tuberos Meinung seine Ansicht belegt haben.

Es muß demnach, wie uns scheint, ein ganz besondrer Fall der stipulatio faciendi sein, den jener alte Jurist im Auge hat, — ein Fall, dessen praktische Seltenheit vielleicht keinem namhaften Rechtskenner sonst zu einer schriftlichen Besprechung Veranlassung gegeben hatte, und auf den mit eigner Untersuchung weiter einzugehen Ulpian selber nicht für nöthig fand, auch hier bei der Auctorität des, dem Tubero zustimmenden, Celsus sich beruhigend.

Was für ein Fall ist dies nun?

„Dandam esse petitionem“ — sagt Celsus. Petitio aber bedeutet, so viel wir wissen, niemals unser „Klagpetitum“, d. h. die Bitte um Verurtheilung des Beklagten zu etwas; sondern in solchem Zusammenhange nichts Anderes als Klagformel. Namentlich bezeichnet

---

41) Wenn v. Savigny a. a. O. Note m. sagt, diese Schlußbemerkung des Celsus sei deshalb nicht unwichtig, weil aus ihr klar hervorgehe, daß Tubero an eine reine operis stipulatio, ohne hinzugefügte Geldstrafe, gedacht habe, — so steht das unsrer Bemerkung im Texte nicht entgegen. Denn etwas Anderes ist es, ob die Aeußerung des Celsus für unser historisches Verständniß, etwas Anderes ob sie an sich nothwendig oder wichtig ist.

petitio, im Gegensatze zu den benannten actiones in personam, in jus conceptae, welche sämmtlich incertae sind, jede actio certa in jus concepta, sowohl die in rem actiones, für die diese Bezeichnung technisch ist [42]), als auch die condictiones certi [43]). Es ist hier natürlich nur an eine solche zu denken. Woher aber soll das certum kommen?

Das ist sehr einfach.

„Justa aestimatione facti dandam esse petitionem.“ — Es soll das factum, welches den ursprünglichen Gegenstand der Stipulation bildete, vor der Ertheilung der Klagformel zu Gelde veranschlagt werden. Und zwar nicht nach einem beliebigen Ansatze des Klägers, sondern dem wirklichen Werthe der fraglichen Leistung entsprechend, mithin wohl nach vorgängiger richtlicher Abschätzung. (Genau der gleiche Sinn, nur nicht so scharf ausgedrückt, ergiebt sich übrigens auch dann, wenn man die Lesart: juxta aestimationem facti — der Lesart der Florentina vorzieht. Juxta aestimationem steht für secundum aestimationem [44]), heist also unter allen Um-

---

42) l. 28. D. de O. et A. 44, 7. l. 178. §. 2. D. de V. S. 50, 16.

43) So heist es z. B. in den gewiß sehr alten Titelrubriken D. 12, 1. und Cod. 4, 2.: si certum petatur. S. ferner l. 8. l. 9. pr. D. de R. Cr. 12, 1. vgl. auch l. 9. §§. 1—3. eod. — l. 1. l. 3. l. 4. D. de cond. trit. 13, 3. — l. 1. pr. D. de Scto Maced. 14, 6. u. s. w. — Lex Rubr. c. XXI. a. A. vgl. mit c. XXII. a. A. [vv.: „petetur quodve — agetur“]. Lex Jul. municip. [tab. Heracl.] cap. 1. i. f. (in aere Britannico lin. 19.) cap. 6. i. f. (in aere Neapol. lin. 23.) cap. 8. i. f. cap. 10. i. f. (das. lin. 51. sqq. lin. 67 u. s. w.)

44) S. Brisson. sub h. v. (Ed. Heinecc. sub 2.) — Ulpian gebraucht juxta in diesem Sinne, außer in der von Ribbentrop a. a. O. S. 224. Note 2. citirten l. 1. §. 28. D. de Scto Silan. 29, 5., z. B. in l. 10. §. 1. D. de negot. gest. 3, 5. und in l. 5. §. 6. D. jud. solvi. 46, 7. — Vgl. ferner l. 14. Cod. de excusatt. 5, 62. (Alex.) l. 8. Cod. de loc. 4, 65. (Id.) l. 1. Cod. de ord. cognit. 7, 19. (Id.) l. 4. Cod. de in lit. jur. 5, 53. (Gord.) l. 2. Cod. de praed. et. al. reb. min. 5, 71. (Id.)

Eine derartige Abschätzung des Klagobjectes vor Ertheilung der Formel kam auch sonst wohl vor. Z. B. bei einer injuria atrox. — S. Huschke, Gajus. S. 138 ff. Collat. 2, 2. vgl. Rudorff, Rechtsgesch. Bd. 2. §. 107. Note 9. S. 356. — Bei der actio in factum gegen denjenigen, qui in jus vocatum vi exemit. — l. 5. §. 1. D. ne quis eum, qui in jus voc. 2, 7. — Bei der auctoritatis actio und der Klage aus der stipulatio duplae wegen der Eviction einer pars pro diviso oder einer Servitut. l. 1. l. 13. l. 15. §. 1. l. 64. §. 3. D. de evict. 21, 2. Huschke, Nexum. S. 191 f. Fr. Mommsen, Interesse. S. 76 f. Note 10. — Bei der Forderung der Gewähr für die zugesicherte Größe

ständen nicht: auf den Werth, sondern, wie schon Accursius sehr richtig bemerkt hat: aestimato facto.) —

Weiter leuchtet es nun auch hieraus ein, daß das von Celsus gemeinte Verfahren nicht das regelmäßige sein könne, in welchem eine stipulatio facti gerichtlich geltend gemacht wird. Weder der Schuldner durfte den Gläubiger zwingen, statt auf das geschuldete factum seine Klage auf eine Geldsumme zu stellen; noch der Gläubiger durch Fassung der Klagformel auf eine Geldsumme den Schuldner der Möglichkeit berauben, mittels der Naturalleistung sich zu befreien.

Nach beiden Seiten hin aber stand der Fassung der Klage auf auf eine Geldsumme nichts mehr im Wege, sobald es gewiß war, daß die Naturalleistung zwar nicht mehr möglich, der Schuldner jedoch darum noch nicht von aller Haftung frei sei.

Der Zweck dieser Abweichung von der gewöhnlichen Fassung der Klagformel konnte indessen kein andrer sein, als der, eine Theilung der Condemnation aus dem ursprünglichen Klaganspruche zu ermöglichen, welche bei der regelmäßigen Formelfassung unstatthaft erschien.

Laut dieser Fassung nämlich war die Condemnation schlechthin abgestellt auf die Aestimation der Verpflichtung zu einer untheilbaren Leistung, ohne daß der Richter durch irgend ein Wörtchen ermächtigt gewesen wäre, Veränderungen in der strengen Haftung auf diese Condemnation ex aequo et bono zu berücksichtigen.

Eben deshalb aber, weil jene Abweichung von der regelmäßigen

---

eines jure mancipationis verkauften Grundstückes. Paullus. R. S. Ex empto et vend. 2; 17, 4. Distracto fundo, si quis de modo mentiatur, in duplo (in duplum — Huschke, Nexum. Note 262) ejus, quod mentitus est, officio judicis aestimatione facta convenitur. S. Huschke, Nexum S. 174 bis 179, insbes. Note 266, in welcher Huschke aus unsrer l. 72. pr. cit. das von uns angenommene Verfahren deducirt. Nur denkt er sich die Voraussetzung für dessen Eintritt anders als wir. Entweder meint er, seien Tubero und Celsus willens gewesen, dieses Verfahren bei stipulationes faciendi stets eintreten zu lassen, wenn das Versprechen nicht erfüllt war; oder er nimmt, und zwar als das Wahrscheinlichere, an, daß durch Hülfe der Gemination zu lesen sei: ubi quid fieri stipulemur, et si non fuerit factum, pecuniam, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere. — Allein, daß dies der Inhalt der von Tubero gemeinten Stipulation sei, ist uns aus dem Grunde nicht glaublich, weil dann gar keine stipulatio faciendi, sondern eine stipulatio pecuniae vorläge.

Mehr Beifall möchten wir dem Vorschlag Huschkes zollen, statt aestimatione facti — analog R. S. 2; 17, 4. cit. zu lesen: aestimatione facta.

Formelfassung nur zum Zwecke einer Theilung der Condemnation vorkam, wird sie äußerst selten eingetreten sein.

Denn zuvörderst kam sie da nicht vor, wo sie nicht nothwendig war. Ueberflüssig aber war sie einmal bei freien Klagen. Hier wurde, wie wir später sehen werden, schon gemäß der Formelfassung ex aequo et bono einer an sich zulässigen Theilung der Condemnation stattgegeben. Ebenso ferner, wenn die untheilbare Leistung unter einer Conventionalstrafe versprochen war; diese theilte sich von selbst. Die Hinzufügung einer Conventionalstrafe aber war bei dem Versprechen eines facere die durchgreifende Regel. — Obendrein gingen die stipulationes faciendi, auch wenn sie nicht gerade eine durchaus persönliche Leistung des Promissor betrafen, nach classischem Rechte nur in beschränkter Weise passive auf die Erben über [44a]). —

Sodann konnte jene Formelfassung dem Kläger nicht aufgedrungen werden, wenn trotz der Unmöglichkeit der Naturalerfüllung, die Verpflichtung des einzelnen verklagten Schuldners in ihrem ursprünglichen Umfange perpetuirt war. Dies ist aber dann der Fall, wenn die Unmöglichkeit der Naturalerfüllung durch Dolus, Culpa, Mora des Schuldners selber herbeigeführt ist.

Demnach kann dies besondre Verfahren kaum in einem andern, als dem vorhin schon angedeuteten, Falle zulässig gewesen sein. Nämlich dann, wenn eine aus einer obligatio stricta ohne Conventionalstrafe geschuldete untheilbare Leistung [45]) durch Verschulden des ursprünglich Verpflichteten unmöglich geworden, und diese Obligation darauf auf mehrere Erben des Verpflichteten übergegangen ist.

[44a]) S. l. 13. Cod. de contrah. et committ. stip. 8, 13. — Vgl. auch l. 31. D. de solutt. 46, 3.

[45]) Es ist kein rechtlicher Grund vorhanden, diese Behauptung nicht auch auf eine obligatio stricta zu erstrecken, aus der eine Servitut geschuldet wird. Thatsächlich aber wird unser Satz hier außerordentlich selten zur Anwendung gelangen. Denn, wenn die Bestellung einer Prädialservitut unmöglich geworden, so ist regelmäßig auch die Obligation darauf erloschen. — S. oben §. 8. S. 55. — Nur ausnahmsweise wird die Bestellung eines solchen Rechtes durch den Schuldner unmöglich gemacht werden können. Immerhin jedoch ist es denkbar, z. B. indem er den Eichenwald fällt, an dem eine Mastgerechtigkeit eingeräumt werden soll; oder indem er die Bestellung einer servitus aquae oder pascendi dadurch vereitelt, daß er vorher andern Personen derartige Servituten bestellt, welche die Nutzungen völlig absorbiren. — Die Bestellung eines usus kann dadurch vereitelt werden, daß der Schuldner die res servitura vernichtet; aber eine Obligation auf Bestellung des Usus wird nicht eben häufig sein.

Hat sich aber die, ursprünglich untheilbare, Obligation nach ihrer Verwandlung in eine Obligation auf das Interesse, also als eine völlig theilbare, passiv vererbt, so ist anzunehmen, daß ein jeder Erbe nur für den auf ihn fallenden Theil der Interesseleistung hafte, mithin ohne alle Rücksicht auf die Solvenz der Miterben. —

Jetzt aber ist vor allen Dingen das zu untersuchen, ob denn zu unsrer Deduction die Worte stimmen, in denen die Ansicht Tuberos ausgedrückt ist. Wir setzen diese Worte noch einmal hierher.

> — ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere: ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem.

Es ist gewiß nicht die Meinung eines alten Juristen gewesen, der Schuldner hafte fort, wenn die Naturalleistung casu unmöglich geworden sei; — ebensowenig jedoch auch, der Schuldner könne in irgend einem Falle dadurch seine rechtliche Lage verbessern, daß er sich widerrechtlich der ihm obliegenden Leistung entziehe. Man darf also auch nicht annehmen, daß nach Tuberos Ansicht bei dem Ausbleiben der Naturalerfüllung einer untheilbaren Leistung stets eine Theilung der Litisästimation unter die mehreren Schuldner habe eintreten müssen. Seine Worte sind daher nur so zu verstehen, daß, falls jene Leistung nicht geschehen sei, da der schließliche Gegenstand der Condemnation, baares Geld, einer Theilung nicht widerstrebe, auch bei den stipulationes faciendi eine Theilung eintrete. Das heißt demnach, vorausgesetzt, daß die sonstigen Bedingungen einmal der fortdauernden Haftung, und ferner der Theilung vorhanden sind. Beides ist aber eben nur in dem Falle so, den wir angenommen haben. — Es freut uns sehr, für diese Meinung die Auctorität des Cujacius anführen zu können, der sich folgendermaßen äußert [46]):

> „Tenentur, inquam, [sc. heredes promissoris, qui aliquid faciendum promisit] in solidum, si res integra sit, i. e. si opus fieri adhuc possit, et si velit actor, tenentur omnimodo, nec liberantur offerendo id, quod interest. Sed si res non sit integra, in id, quod interest, fit condemnatio pro parte."

Sollte aber der Ausdruck Tuberos hierfür hart, unklar und gekünstelt erscheinen: warum will man nicht annehmen, daß wir es

---

46) Comm. ad l. 2. D. de V. O. 45, 1. ad v. Item si in facto]. A. M. Giphanius. Lect, Altorph. ad l. 72. D. cit. Nr. 36. p. 886 u. s. w.

mit einem Belege jener gesuchten, und in alterthümelnder Manier wortkargen, Redeweise Tuberos zu thun haben, deren wegen schon die Alten seine Schriften unschmackhaft fanden? —

Damit sind wir denn zu dem Ergebnisse gelangt, die l. 72. pr. cit. stehe nicht der Behauptung entgegen, daß bei actiones strictae auf ein untheilbares facere, ebenso wie bei denjenigen auf Bestellung einer untheilbaren Servitut, jeder einzelne der mehreren Schuldner dem gemeinsamen Gläubiger auch für die Litisästimation in solidum hafte. Quod erat demonstrandum [46a]). —

Endlich ist jedoch einer scheinbaren Ausnahme von dieser Regel zu gedenken. Sie betrifft die Verpflichtung zur Gewährung einer untheilbaren Servitut [47]) oder eines Pfandrechtes, welche mittels einer condictio ohne Contract geltend gemacht wird. Hier nämlich geht die Verpflichtung eigentlich nicht auf die Einräumung jener Rechte als auf solche, sondern auf die Rückgabe einer grundlosen Vermögensvermehrung des Verpflichteten. Stehen also auf schuldnerischer Seite, sei es von Anfang an, sei es kraft Erbganges, mehrere Personen, so haftet eine jede derselben, falls sich nicht alle durch gemeinsame Bestellung der condicirten Servitut befreien, nur auf denjenigen Betrag, um welchen der Werth der ihr gebührenden Quote des fundus serviturus durch die Abwesenheit der Servitut erhöht ist. Und wenn der einzelne Schuldner seine Quote am fundus sine fraude veräußert hat, wird er überhaupt nur bis zu dem Betrage haften können, um welchen mit Rücksicht auf die Abwesenheit der Servitut die Gegenleistung für jene Quote erhöht worden ist. Nur alsdann, wenn die Verschuldung einer einzelnen dieser mehreren Personen die alleinige Ursache bildet, weshalb die condicirte Servitut nicht wirklich bestellt wird, wird diese einzelne dem gemeinsamen Gläubiger sein volles Interesse zu leisten verpflichtet sein. — Das Gleiche gilt rücksichtlich des usus.

Umgekehrt, wenn auf condicirender Seite mehrere Personen stehen, werden sie alle durch die ihnen gemeinsam geschehende Bestellung der condicirten Servitut befriedigt. Und jeder einzelne Gläubiger wird dem Beklagten gegenüber darauf dringen können, daß der letztere seiner-

---

[46a]) Ueber den Regreß des einzelnen von mehreren Schuldnern, der durch Naturalerfüllung oder durch Zahlung der ganzen Litisästimation den Gläubiger befriedigt, s. unten §. 37. zu Note 40 ff.

[47]) S. z. B. l. 22. §. 1. D. de cond. ind. 12, 6. l. 8. pr. D. de A. E. et V. 19, 1. Vgl. oben §. 10. a. E.

seits alles thue, ihm auf diese Weise gerecht zu werden. Wird jedoch eine solche Naturalerfüllung der Verbindlichkeit, während der Schuldner sich zu derselben bereit erklärt, durch Schuld eines der Gläubiger vereitelt: so versteht es sich freilich, daß der Schuldner nicht verpflichtet sein kann, dem einzelnen klagenden Gläubiger sein Interesse daran zu leisten. Allein es scheint immer noch keine Nothwendigkeit vorhanden zu sein, den Schuldner von aller Verbindlichkeit frei zu sprechen. Es ist immerhin grundlos seinem Vermögen auf Unkosten des Condicenten der Betrag zugegangen, um welchen die Freiheit von der Servitut den Werth seines Grundstücks erhöht. Und so halten wir es für gerecht, daß er in diesem Falle dem einzelnen Gläubiger in die auf denselben fallende Quote jenes Betrages verurtheilt werde. Steht dagegen gläubigerischerseits der wirklichen Bestellung der Servitut kein Hinderniß im Wege: so wird der Schuldner, der seine Verbindlichkeit nicht, wie er könnte, naturaliter erledigt, jedem einzelnen Gläubiger dessen besonderes Interesse an der Naturalbefriedigung zu leisten haben.

Handelt es sich endlich um die Condiction eines zubestellenden Pfandrechtes: so haftet jeder einzelne Schuldner dafür, daß die auf ihn fallende Quote des zuverpfändenden Objects für den vollen Betrag der Pfandforderung verpfändet werde. Diese Verbindlichkeit vermag er unabhängig von den übrigen Schuldnern zu erfüllen und muß daher, in Ermangelung der Naturalerfüllung, für das volle Interesse daran aufkommen.

Umgekehrt kann jeder einzelne der mehreren Gläubiger darauf dringen, daß ihm für den auf ihn fallenden Forderungsantheil ein Pfandrecht am ganzen zuverpfändenden Objecte eingeräumt werde. Doch wird er sich gefallen lassen müssen, daß das Pfandrecht seiner Mitgläubiger an demselben Gegenstande dem seinigen gleichgestellt werde. Wird ihm das Pfandrecht nicht bestellt, so fordert er sein Interesse an dieser Bestellung. —

Ganz ähnlich ist es, nach ausdrücklichen Quellenzeugnissen, mit der Condiction einer grundlosen Vermögensvermehrung, welche durch den Genuß untheilbarer Leistungen thatsächlicher Natur entstanden ist [48]). Der mit der Condiction geschuldete Geldbetrag richtet sich auch hier übrigens regelmäßig nur nach dem Werthe, den die Leistung für den Empfänger hatte.

---

[48]) l. 26. §. 12. l. 65. §. 7. D. de cond. ind. 12, 6.

§. 13. B. Nothwendige Stipulationen.

Zu den obligationes stricti juris auf ein untheilbares positives Thun gehören auch diejenigen prätorischen Stipulationen, welche geradezu auf eine Vornahme von solchem Inhalte gerichtet sind.

Wir finden, wenigstens aus classischer Zeit, allerdings nirgends auch nur eine Andeutung dafür, daß jene prätorischen Stipulationen anders behandelt worden wären, als die gewillkürten Stipulationen auf ein untheilbares facere; und wir hätten sie deshalb zugleich mit diesen unsrer Betrachtung unterwerfen können. Wir haben jedoch eine gesonderte Betrachtung derselben für zweckmäßiger gehalten. Die übrigen prätorischen Stipulationen nämlich zeigen, gegenüber den ihnen entsprechenden Kategorieen von gewillkürten Stipulationen, rücksichtlich der Theilung ihr Eigenthümliches. Ihnen werden wir daher eine eigne Erörterung widmen müssen. Und so macht, bei der Schwierigkeit und Dunkelheit der Lehre von den prätorischen Stipulationen überhaupt, die Uebersichtlichkeit unsrer Untersuchung eine in die Augen springende Erwähnung auch jener erstern Classe prätorischer Stipulationen wünschenswerth. —

Von diesen Stipulationen, welche also auf eine an sich untheilbare Leistung abgestellt sind, scheidet nun aber noch ein Theil vorweg von unsrer Betrachtung aus. Es sind das solche Stipulationen, aus denen, ihrem Inhalte nach, nicht eher überhaupt geklagt werden kann, als bis die ursprünglich versprochene untheilbare Leistung unmöglich geworden, und an ihre Stelle die Leistung des Interesse getreten ist. Als ein Beispiel hierfür können wir die cautio judicio sisti anführen, die wenigstens manchmal geradezu auf die Sistirung sei es des Promissor selber, sei es einer andern Person, gelautet haben muß [1]). Soviel liegt gewiß auf der Hand, daß derartige Stipulationen ihres Inhaltes halber für die gerichtliche Geltendmachung nicht untheilbar sind.

Man darf indessen nicht etwa meinen, sie ständen rücksichtlich der Theilung des Klaganspruchs unter die mehreren Erben namentlich des Promissor den gewillkürten obligationes stricti juris gleich, welche

[1]) l. 3. D. si quis in jus voc. 2, 5. l. 12. §. 1. l. 14. D. si quis cautt. 2, 11. l. 2. §. 5. D. qui satisd. 2, 8. l. 38. §. 24. l. 81. D. de V. O. 45, 1. Aus diesen Stellen selber geht übrigens hervor, daß jene Caution regelmäßig auf eine certa poena abgestellt wurde (vgl. auch l. 1. §. 3. l. 3. pr. vgl. mit §. 4. D. de eo, per quem fact. erit, quom. 2, 10. l. 2. pr. l. 4. §. 5. l. 5. pr. §. 1. l. 9. §. 1. l. 10. §. 1. D. si quis cautt. 2, 11 u. s. w. l. 69.) —, manchmal auch auf quanti ea res erit.

wir im §. 11. betrachtet haben. Vielmehr beurtheilen sie sich in dieser Beziehung ganz und gar nach der Classe der prätorischen Stipulationen, welche auf quanti ea res erit abgestellt sind.

Wie diese letztern nämlich schon gemäß ihrer Fassung auf eine incerta summa gerichtet erscheinen, so geht, nach dem Gesagten, bei den bisher besprochenen Stipulationen der Klaganspruch gleichfalls auf eine incerta quantitas, nämlich das Interesse. Bei den übrigen auf eine untheilbare Leistung abgestellten prätorischen Stipulationen dagegen, deren Naturalerfüllung im Augenblicke der Klage noch möglich ist, geht der Klaganspruch eben auf diese untheilbare Leistung. Und nun bildet gerade dieser Gegensatz im Klaganspruche den Ausgangspunct für eine Stelle, welche die Theilbarkeit der prätorischen Stipulationen ex professo behandelt. Es ist das die l. 2. D. de praet. stipp. 46, 5. (Paullus lib. 73. ad edict.)

> pr. Praetoriae stipulationes aut rei restitutionem continent aut incertam quantitatem.

Man denkt freilich bei den Worten, womit hier jener Gegensatz ausgedrückt ist, zunächst an die Verschiedenheit der Fassung, welche darin bestehet, ob die Stipulation direct auf die Leistung, oder aber endgültig auf quanti ea res erit abgestellt ist[2]). Allein continet stipulatio bezeichnet nicht sowohl die Fassung der Stipulation, als vielmehr den Inhalt derselben, worauf sie verfällt, worauf aus ihr geklagt werden kann, worauf der materielle Klaganspruch aus ihr gerichtet ist[3]).

Wenden wir uns nunmehr zu denjenigen unsrer prätorischen Stipulationen, quae rei restitutionem continent, und bei welchen also, wenn diese rei restitutio untheilbar ist, noch der Klaganspruch auf etwas Untheilbares geht. Soviel uns bekannt, ist davon in den Quellen nur ein einziger Beleg überliefert: die stipulatio ex operis novi nuntiatione. Dies ist diejenige Caution, durch welche der Nuntiat sich einstweilen das Recht weiter zu bauen verschafft, bis

[2]) S. z. B. v. Keller, Civilpr. Note 890, etwa auch Fr. Mommsen. Interesse. §. 6. S. 51. Note 20, auch meinen Auff. in der Ztschr. für Civilr. u. Pr. N. F. Bd. 18. S. 102 f.

[3]) S. z. B. l. 81. pr. D. de V. O. 45, 1. l. 7. l. 38. pr. l. 52. §. 1. l. 53. eod. l. 9. D. rem. pup. 46, 6. Vgl. l. 2. §. 5. D. qui satisd. 2, 8. l. 35. pr. D. de O. et A. 44, 7. l. 8. §. 1. D. de relig. 11, 7. l. 11. §. 3. D. de A. E. et V. 19, 1. l. 57. pr. §. 1. D. de aed. ed. 21, 1. — l. 3. pr. D. usufr. quemadm. cav. 7, 9. l. 31. D. de evict. 21, 2. u. s. w.

über das Verbietungsrecht des Nuntianten rechtskräftig entschieden sein würde.

§. 1. leg. 2. cit. — Sicuti stipulatio ex operis novi nuntiatione, qua cavetur, ut opus restituatur. pp. [4]).

Ja, selbst dieses Eine Beispiel würde nicht einmal ein vollständiges sein, wenn diejenige Fassung unsrer Stipulation die richtige wäre, welche man neuerdings herzustellen versucht hat [4a]). Es hätte danach nämlich jene Stipulation die Alternative in sich begriffen auf die operis restitutio und auf die Leistung des Interesse am Ausbleiben dieser restitutio, — und zwar dergestalt, daß die Geltendmachung der einen oder der andern Alternative, nach dem Wortlaute der Stipulation, von der Wahl des Stipulator abgehangen.

Allein, wir meinen, an einem andern Orte [5]) nachgewiesen zu haben, daß es irrig sei, eine Alternative in der Fassung der Stipulation selbst zu suchen. Allerdings wird jene Alternative zwischen der operis restitutio und dem Interesse daran zweifellos bezeugt [6]); sie ist indessen zu verstehen von der Wahl des Nuntianten unter zwei verschiedenen Formularen, deren eines auf quanti ea res erit, das andre direct auf die restitutio operis abgestellt war. Und dieses letztere ist es, was uns hier angeht. Wir denken uns dasselbe etwa so:

Quod opus novum, quo de agitur, a te heredibusve tuis vel caeteris successoribus intra annum factum erit, id, si non jure factum esse judicatum erit, aut si res arbitratu boni viri defensa non erit, a te heredibusve

---

[4]) Vgl. l. 21. §§. 4—7. D. de O. N. N. 39, 1. l. 4. §. 2. D. de V. O. 45, 1.

[4a]) S. Adolf Schmidt, das bei der o. n. n. einzuhaltende Verfahren. (in der Zeitschr. für Civilr. u. Pr. N. F. Bd. 8. Gießen 1851. S. 17—51) S. 22. Schirmer, über die prätorischen Judicialstipulationen rc. Greifswald 1853. S. 47 ff. Rudorff, über das Nunciationsverfahren (im Jahrbuch des gem. deutschen Rechts herausgeg. von Bekker u. Muther. Bd. 4. Hft. 1. S. 122 ff.) S. 144. A. Schmidt, über das bei der o. n. n. einzuhaltende Verfahren. (das. Hft. 2. S. 210 ff.) S. 215 ff.

[5]) Zeitschr. für Civilr. u. Pr. N. F. Bd. 18. S. 101 ff. (1860.) Diese Doppelheit des Formulares hat schon Baro angenommen. ad l. 4. §. 2. D. de V. O. (Opp. tom. III. p. 164 unten. sq.)

[6]) l. 21. cit. §§. 4. 7. D. de O. N. N. 39, 1.

tuis restituti, dolumque malum abesse abfuturumque esse spondes? —

Zwar kömmt auch sonst noch gelegentlich in den Quellen die Erwähnung prätorischer Stipulationen vor, quibus de re restituenda cavetur und dergl., z. B. in l. 83. §. 5. i. f. D. de V. O. 45, 1. l. 20. D. de damn. inf. 39, 2. l. 8. §. 4. D. qui satisd. cog. 2, 8. Es ist jedoch klar, daß in diesen und etwa ähnlichen Stellen die Worte: de re restituenda — nur eine materielle Bedeutung der Caution bezeichnen sollen, nicht aber ihre Fassung auf diejenige Leistung, auf welche die Caution verfällt [6a]).

So enthält gerade die in l. 20. D. 39, 2. cit. namhaft gemachte usitata cautio usufructuaria, außer den beiden Clauseln: usufructuarium usurum fruiturum boni viri arbitratu [7]) und dolum malum abesse abfuturumque esse [8]), — die Clausel: quum usus-fructus ad fructuarium pertinere desinet, fructuarium domino proprietatis heredibusve ejus restituturum, quod inde exstabit [9]); — allein alle diese Clauseln erscheinen in der Fassung der Stipulation nur als negative Bedingungen für den Gegenstand der eigentlich versprochenen Leistung, des Interesse, des quanti ea res erit [10]). Ausdrücklich zwar wird es uns, soviel mir bekannt, nirgend gesagt, daß die cautio usufructuaria diese Fassung gehabt habe; es ergiebt sich aber aus l. 9. §. 4. D. usufruct. quemadm. cav. 7, 9. (Ulpian. lib. 51. ad edict.)

Si plures domini sint proprietatis, unusquisque pro sua parte stipulabitur.

6a) Aehnlich ist es, wegen der doppelten Fassung des stipulatio ex operis novi nuntiatione, vielleicht am passendsten, das: satisdatio de opere restituendo in l. 20. §. 4. D. h. t. 39, 1. auf den materiellen Inhalt jener Caution zu beziehen.

7) l. 1. pr. §§. 3. 5. 6. l. 4. l. 12. D. usufr. quemadm. cav. 7, 9.

8) l. 5. pr. D. eod.

9) l. 1. pr. §§. 6. 7. l. 3. §. 4. D. h. t. 7, 9 u. s. w.

10) Die clausula de dolo konnte jedoch, ähnlich wie dies für die cautio judicatum solvi ausdrücklich bezeugt ist, auch als Schlußclausel der ganzen Stipulation dem quanti ea res erit, tantam pecuniam dari — angehängt werden; und dies mag hier wie dort die Regel gewesen sein. Vgl. l. 1. pr. [verb.: de utraque — cavere], insbesondere §. 6. [Habet autem stipulatio istas duas caussas pp.] D. h. t. 7, 9. — l. 19. pr. §. 1. D. jud. solvi 46, 7. S. A. Schmidt. Gieß. Ztschr. N. F. Bd. 8. S. 23. Note 18. Ebenso ist es mit der stipulatio ex operis novi nuntiatione. l. 21. §. 2. D. h. t. 39, 1.

Der Usufructuar kann recht wohl die Fruchtnutzung an einem ideellen Theile einer Sache haben, also auch rücksichtlich eines solchen Theiles versprechen: se boni viri arbitratu usurum fruiturum. Praktische Bedeutung hat aber auch dieses Versprechen nur unter der Voraussetzung, daß der Promittent zum Behufe der Fruchtgewinnung über den Körper der dienenden Sache verfüge [11]). Und eine solche Verfügung ist, wie wir gesehen haben, über einen ideellen Theil nicht denkbar. Vollends undenkbar ist es indessen, daß dem Nutznießer, zum Zwecke der Nutznießung, die Detention der seinem Nießbrauche unterliegenden Sache zu einem ideellen Theile eingeräumt werde; und ebenso undenkbar, daß er diese Detention zu einem ideellen Theile demnächst restituire. Die künftige Restitution aber der Detention an der dem Usufructus unterworfenen Sache bildet einen wesentlichen, vielmehr den hauptsächlichsten Theil vom Inhalte der cautio usufructuaria. Wenn also von dieser cautio usufructuaria schlechthin gesagt wird, sie werde von jedem der mehreren Eigenthümer einer dienenden Sache pro parte sua abgeschlossen: so erhellt daraus mit Nothwendigkeit, daß sie nicht auf die rei restitutio abgestellt gewesen sein kann. Es bleibt mithin nur die Annahme, daß sie auf quanti ea res erit gelautet habe, — eine Annahme, für welche wir später noch einen andern, sehr entscheidenden, Quellenbeleg beibringen werden [12]).

---

11) Vgl. übrigens l. 5. §. 2. D. usufruct. quemadm. cav. 7, 9. S. v. Vangerow, Lehrb. I. §. 348. Anm.

12) S. §. 19 gegen Ende. Wir hätten uns demnach, salva redactione, die Stipulation etwa so zu denken:

Spondesne, fundo Corneliano, q. d. a., boni viri arbitratu te usurum fruiturum, et, quum ususfructus ad te pertinere desierit, mihi heredibusve meis, quid inde exstabit, restituturum esse; si ita factum non erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari, dolumque malum abesse abfuturumque esse?

Dem Eigenthümer einer dem Nießbrauche unterworfenen Quote würde dann etwa cavirt sein: — quanti ea res erit, tantae pecuniae partem dimidiam, — oder: tantam pecuniam dumtaxat pro parte parte dimidia etc.

Bei der cautio damni infecti ist es ebenso, wenn einer der mehreren verpflichteten Eigenthümer des schadendrohenden Hauses cavirt. S. l. 10. l. 20. §. 2. D. de interr. in jure. 11, 1. l. 27. D. h. t. 39, 2. l. 6. §. 7. D. comm. div. 10, 3. (Ulp.) l. 40. D. de neg. gest. 3, 5. (Ein Widerspruch zu diesen Stellen liegt auch nicht in der l. 23. D. de pec. 15, 1. (Ulp.) S. Alf. Brinkmann, a. a. O. S. 95 f. Note 3. — Das in solidum promitti in dieser Stelle steht nicht im Gegensatze zu einem pro parte promitti, sondern zu einem duntaxat de peculio promitti). Sind aber mehrere Miteigenthümer

Wir werden uns mithin für unsere gegenwärtige Untersuchung ausschließlich an jene stipulatio ex operis novi nuntiatione zu halten haben.

Von dieser aber heißt es in l. 2. §. 1. cit. D. de praet. stipulatt. 46, 5.

— ideoque sive actor sive reus decesserit pluribus heredibus relictis, uno vincente vel victo, totum opus restitui

---

des bedroheten Hauses da, so darf ein solcher Zusatz nicht gemacht werden. Denn es hat schon die Formel der Stipulation an sich eine Fassung, aus welcher die etwaige Theilbeziehung hervorgeht. Sie lautet nach A. Schmidt (Zeitschr. für Civilr. u. Proceß. N. F. Bd. 8. S. 21) und Schirmer a. a. O. S. 70 f. im wesentlichen so:

Si quid aedium, d. q. a., loci operisve vitio intra hos quinque annos acciderit, sive quid ibi ruet, scindetur, fodietur, aedificabitur, quo aedibus meis damnum fiat (die hierfür bei Schmidt S. 21. Note 6 aufgeführten l. 18. §. 6. l. 19. §. 15. l. 26. D. h. t. sind ebenso falsch citirt wie bei Schirmer S. 71. Note 1. die l. 18. §. 7. l. 19. §. 5. D. h. t.): tum a te vel a successoribus tuis iisque, ad quos ea res pertinebit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari, spondes?

Statt des: quo aedibus meis pp. würde dann in der Stipulation vonseiten eines mehrerer Miteigenthümer etwa gesagt sein: quo aedibus, quae pro parte dimidia meae sunt pp.

Ich würde übrigens vorziehen, etwa so zu restituiren: quo aedium mearum caussa mihi vel heredibus successoribusve meis iisque, ad quos ea res pertinebit, damnum fiat. l. 24. §. 1. l. 39. §. 3. D. h. t. S. auch Rudorff, röm. R. G. II. §. 56. Note 12. v. Vangerow, Lehrb. III. §. 678. Anm. sub VI. 6. — Vgl. l. 7. pr. D. de usufr. 7, 1. l. 27. D. h. t.

Dann würde der Theileigenthümer stipuliren: quo aedium caussa, quae pro parte dimidia meae sunt pp., — der Usufructuar: quo aedium caussa, quibus utendi fruendi jus mihi est, pp. (S. l. 5. §. 2. l. 18. §. 5. vgl. §§. 7—10. D. h. t.)

Nach dieser Fassung erklärt es sich auch sehr einfach, weshalb dem bloßen bonae fidei possessor des bedrohten Hauses die cautio damni infecti nichts nützt. Er hat als Eigenthümer stipulirt; nun stellt sich heraus, daß er Eigenthümer nicht sei. S. v. Vangerow a. a. O. sub II. Brinz, Pand. §. 35. S. 108.

Das quanti ea res pp. kann aber auch da, wo es das Interesse bezeichnen soll, im Falle mehrerer Interessenten bisweilen zweideutig sein, indem es nicht blos auf das besondere Interesse des einzelnen Gläubigers bezogen zu werden vermag, sondern eben so wohl auf das Gesammtinteresse ihrer aller. Und in solchem Falle empfiehlt es sich, die erstere Beziehung durch einen passenden Zusatz zur Stipulation klar zu machen. Vgl. l. 21. §. 7. D. de O. N. N. 39, 1. Zeitschr. für Civilr. u. Pr. N. F. Bd. 18. S. 112 ff.

debebit: quamdiu enim aliquid superest, tamdiu non potest videri opus restitutum.

Hierin liegt zunächst, daß der Inhalt der **Naturalerfüllung** unsrer Stipulation active und passive untheilbar sei. Es folgt nun schon aus dem, was wir im vorhergehenden Paragraphen für die Conventionalstipulationen auf ein untheilbares facere gesehen haben, daß auch hier für das an die Stelle der Naturalerfüllung tretende Interesse jeder der mehreren Erben des Schuldners, sowie jeder der mehreren ursprünglichen Schuldner in solidum hafte.

Und hierfür finden wir rücksichtlich unsrer praetoria stipulatio noch ein ausdrückliches Quellenzeugniß in l. 21. §. 5. D. de O. N. N. 39, 1. (**Ulpian.** lib. 80. ad edict.)

Quaesitum est, si plures domini aedificent, an omnes cavere debeant? Et ait **Labeo**, unum cavere debere: quia restitutio operis fieri pro parte non possit.

Mehrere Miteigenthümer eines Grundstückes beginnen auf demselben in Gemeinschaft einen Bau. Hiergegen wird eine nuntiatio vorgenommen. Sie wollen sich die Befugniß einstweilen weiter zu bauen mittels unserer Caution verschaffen. Jetzt entsteht die Frage: müssen sie, um eventuell dem Nuntianten genügende Klagansprüche zu verschaffen, alle neben einander caviren? Das sei nicht nöthig, erklärt **Labeo**; denn schon das Versprechen, das der einzelne von ihnen leiste, umfasse, wegen der Untheilbarkeit seines Gegenstandes, den ganzen Inhalt des nuntiantischen Anspruches. Es genüge also die Caution vonseiten eines einzigen. — Was die Naturalerfüllung betrifft, so ist dies freilich an sich einleuchtend. Wollen wir nun annehmen, daß diese Naturalerfüllung nöthigenfalls zwangsweise habe durchgesetzt werden können: so ist damit die Sache hinreichend erklärt. Allein diese Annahme dürfte aller Rechtfertigung, jedenfalls für das classische Recht, entbehren [12a]). Für das classische Recht verwandelt sich vielmehr im regelrechten Verlaufe der processualischen Geltendmachung jede Obligation auf ein facere schließlich in eine Forderung des Interesse, erscheint somit ihres Inhalts wegen durchaus theilbar. Träte also überhaupt bei obligationes stricti juris auf ein untheilbares facere eine Theilung der Haftpflicht mehrerer Schuldner mit

---

12a) Vgl. übrigens **Ribbentrop**, a. a. O. S. 180 ff. Note 4 und **dens.** Comment. ad l. 16. §. 5. D. de pign. et l. 9. §. 1. D. de exc. rei jud. p. 31.

Nothwendigkeit dann ein, wenn es zur condemnatio auf das Interesse kömmt: so würde dies sicherlich bei unsrer stipulatio ex operis novi nuntiatione ebenso sein müssen. Und dann würde jeder der mehreren Nuntiaten zu caviren haben. Denn es liegt hier gar kein Grund vor, den einzelnen von vornherein von dem natürlichen Vortheile der schließlichen Theilbarkeit der Verpflichtung auszuschließen, die er in der Caution übernehmen muß [13]). Ein solcher Grund könnte nur dann angenommen werden, wenn die fragliche Verpflichtung des Nuntiaten aus einem Delicte oder einer delictsähnlichen Handlung entspränge. Dann aber würde schwerlich blos einer von ihnen, — dann würden alle neben einander caviren müssen. Hieran ist indessen offenbar so wenig zu denken, als überhaupt ein außerhalb der Natur des Gegenstandes liegender materieller Grund dafür vorhanden ist, daß der einzelne Nuntiat aus der Caution solidarisch hafte. Die solidarische Haftung des Caventen wird vielmehr einfach daraus hergeleitet: quia restitutio operis fieri pro parte non potest. Und diese Untheilbarkeit des promittirten facere an sich muß es daher sein, der, nach dem vorhin Bemerkten, auch für die solidarische Leistungspflicht des, an die Stelle der operis restitutio tretenden, Interesse fortwirkt. —

Wenn nun aber unsere Voraussetzung richtig ist, daß die praetoriae stipulationes auf die rei restitutio in ihrer processualischen Behandlung den übrigen obligationes strictae auf ein untheilbares facere völlig gleichstehen: so ist hiermit zugleich für diese aus den Quellen positiv nachgewiesen, daß auch für die Leistung des Interesse jeder einzelne der mehreren Schuldner regelmäßig in solidum hafte.

---

[13]) Vgl. etwa l. 11. §. 3. D. de a. e. a. pl. a. a. 39, 3.

S. auch Ztschr. für Civilr. u. Pr. N. F. Bd. 18. S. 111. — Was ich dort gesagt habe, um auch vom Standpuncte des cavirenden Nuntiaten dessen solidarische Haftung als nicht unbillig darzustellen, soll für diesen Standpunct eben nur als Rechtfertigung gelten, keinesweges aber einen zwingenden Grund für jene Haftung angeben.

Vermochte übrigens einmal der Nuntiant durch die Wahl der Fassung unsrer Stipulation auf die operis restitutio den cavirenden Nuntiaten zur Uebernahme der solidarischen Haftung auch für das Interesse zu nöthigen: so hat es gewiß nichts Befremdendes, wenn er diese Nöthigung auch bei der andern Fassung der Stipulation auf quanti ea res erit dadurch herbeiführen konnte, daß er eben nur einen der mehreren Nuntiaten promittiren ließ. — Vgl. etwa auch l. 6. §. 12. verbunden mit §. 7. D. comm. div. 10, 3. — S. Ztschr. für Civilr. u. Pr. a. a. O. insbes. Note 16.

Soviel einstweilen von dieser Classe der prätorischen Stipulationen. Die Betrachtung der Verhältnisse einer Mehrheit von Erben des Nuntianten bei der Caution auf die rei restitutio, eine Betrachtung, für welche die l. 2. §. 1. cit. gleichfalls besondere Aufschlüsse bietet, müssen wir bis zum §. 19. verschieben.

Drittes Capitel.

§. 14. Bedingte Obligationen.

I. Gewillkürte Obligationen.

A. Obligationen auf ein non facere ohne Poenalverpflichtung.

Wenn jemand sich verpflichtet hat, eine bestimmte Handlung zu unterlassen: so ist es einleuchtend, daß er aus dieser Verpflichtung nicht eher klagweise belangt werden kann, als bis er dieselbe durch Vornahme jener Handlung verletzt hat. Der Klaganspruch erscheint demnach gerichtet auf das zu Gelde zuveranschlagende Interesse an der versprochenen Unterlassung.

Insofern ist dieses Verhältniß demjenigen ähnlich, das wir in §. 11. erörtert haben. Auch hier kann nicht eher geklagt werden, bevor nicht die ursprünglich versprochene positive Handlung unmöglich geworden ist. Und es muß daher auch hier die Klage stets auf Geld gerichtet werden. — Damit versteht es sich denn für beide Fälle, daß der Klaganspruch, welcher hier durch eine Unterlassung, dort durch eine Vornahme bedingt erscheint, an sich durchaus theilbar ist [1]).

Es ist also klar, daß der einmal verfallene Anspruch nicht blos infolge Erbganges, sondern allgemein passive wie active unter die mehreren Subjecte sich theilt, welche daraus überhaupt berechtigt oder verpflichtet sind [1a]). Dies Verhältniß bietet keinerlei Schwierigkeit.

---

[1]) Dieser Gesichtspunct einer bedingten Obligation scheint mir hier allein entscheidend. S. l. 44. §. 5. D. fam. ercisc. 10, 2: — quasi conditio stipulationis hereditariae exstiterit.

[1a]) A. M. v. Savigny, Obl.-R. Bd. 1. §. 34. S. 365 f. für den Fall mehrerer Schuldner, deren jeder nach ihm vielmehr durch die Vornahme der verbotenen Handlung in solidum obligirt würde. Die dafür citirten Stellen — l. 4. §. 1. und l. 85. §. 3, sowie auch l. 2. §. 5. l. 3. §. 1. l. 131. pr. D. de V. O. l. 25. §. 12. l. 44. §. 5. D. fam. ercisc. 10, 2. — würden aber die solidarische Haftung eines jeden der mehreren Erben des Schuldners für das Geldinteresse an der versprochenen Unterlassung nur dann erweisen, wenn es in

Dagegen bleibt die Frage, ob und wieweit denn die Vornahme der Handlung, deren Unterlassung versprochen ist, von vornherein für oder gegen die mehreren Gläubiger oder Schuldner wirke?

Fassen wir zunächst die Verhältnisse einer Mehrheit von Schuldnern ins Auge.

Es versteht sich von selbst, daß alle solche Handlungen, welche quotenweis ausführbar sind, auch quotenweis unterlassen werden können. Von jenen Obligationen auf ein quotenweis theilbares facere aber haben wir in §. 10. gesehen, daß sie den übrigen theilbaren Obligationen durchaus gleichstehen. Man möchte daher etwa geneigt sein zu vermuthen, es verhalte sich mit den Obligationen auf ein quotenweis theilbares Unterlassen ebenso.

Allein gerade in dieser Beziehung tritt ein charakteristischer Unterschied hervor zwischen den Obligationen auf ein positives Thun und denjenigen auf ein Unterlassen.

Wenn mehrere sei's von Anfang an sei's infolge Erbganges zu einem positiven Thun verpflichtet sind: so haben sie insgesammt für das Ergebniß dieses positiven Thuns einzustehen. Ist dasselbe theilbar, so überkömmt jeder einzelne von ihnen die besondere Verpflichtung, für die Ausrichtung zu einem bestimmten Theile zu sorgen, so daß, wenn jeder danach das Seinige leistet, der Gläubiger das volle Ergebniß seiner Forderung erlangt. Die Verletzung der Gesammtobligation, deren jeder einzelne Schuldner überhaupt fähig ist, besteht mithin im Unterlassen gerade der von ihm zuleistenden Quote der im ganzen geschuldeten Vornahme. — Ist das positive Thun aber untheilbar, so kann der einzelne Schuldner seine eigne Verpflichtung

---

denselben hieße statt: omnes commisisse videntur, omnes teneri; tenentur et coheredes, et reliqui teneri coeperint; caeteri sarcient damnum, ne caeteris factum unius damnosum sit; — singuli in solidum tenentur, wie in l. 25. §. 10. fam. ercisc. l. 2. §. 2. l. 85. §. 2. D. de V. O.; quo casu unus solidum praestiterit, wie in l. 2. §. 2. cit. Auch das in solidum committitur stipulatio der l. 25. §. 12. cit. besagt nur, daß die Stipulation zu dem vollen Betrage des Interesse an dem non facere verfalle, hat aber so wenig hier eine Beziehung auf die solidarische Haftung der einzelnen, als anderswo auf die solidarische Berechtigung. Vgl. z. B. l. 2. §. 6. D. de V. O. Cujac. Comment. ad l. II. D. de V. O. v. Item si in facto]. (Ed. Francof. 1595. tom. 2. col. 298. lit. E.) — S. auch v. Vangerow, Lehrb. Bd. 3. §. 567. Anm. 2. sub I. 3. S. 13 f. — Die Meinung v. Savignys findet sich sehr bestimmt in Detl. Langebekii Annott. cap. XXXVII. (Otto, Thes. Ed. sec. Tom. I. col. 575.)

naturaliter nur in der Weise erfüllen, daß er mit Nothwendigkeit dadurch auch die übrigen Schuldner von ihren Verpflichtungen befreiet. Insofern also kann man sagen, der einzelne hafte hier stets auch für die übrigen.

Bei einer Verpflichtung mehrerer zu einem non facere dagegen hat der Gläubiger das volle Ergebniß seiner Forderung erst dann erlangt, wenn von schuldnerischer Seite ein Zuwiderhandeln überhaupt nicht mehr möglich ist. Indem aber der einzelne Schuldner seiner eignen Verbindlichkeit zum non facere nachkömmt, erfüllt er damit in keinem Falle die Verbindlichkeiten auch seiner Mitschuldner, selbst dann nicht, wenn das non facere ein untheilbares ist. Sind nun mehrere Personen als ursprüngliche Schuldner zu einem non facere schlechthin, d. h. derart verpflichtet, daß eine Conventionalstrafe für den Fall des Zuwiderhandelns nicht ausbedungen ist: so kann nach allgemeinen Grundsätzen, keine dieser mehreren Personen für das Zuwiderhandeln der übrigen haften.

l. 38. pr. §§. 1. 2. D. de V. O. 45, 1. (Ulpianus lib. 49. ad Sabinum.)

> pr. Stipulatio ista: habere licere spondes? hoc continet, ut liceat habere, nec per quemquam omnino fieri, quominus nobis habere liceat. quae res facit, ut videatur reus promisisse, per omnes futurum, ut tibi habere liceat. nemo autem alienum factum promittendo obligatur; et ita utimur. sed se obligat, ne ipse faciat, quominus habere liceat. obligatur etiam, ne heres suus [faciat] vel quis caeterorum successorum efficiat, ne habere liceat.
>
> §. 1. Sed si quis promittat: per alium non fieri, praeter heredem suum: dicendum est, inutiliter eum promittere factum alienum.
>
> §. 2. At si quis velit factum alienum promittere, poenam vel, quanti ea res sit, potest promittere. — Sed quatenus habere licere videbitur? Si nemo controversiam faciat, hoc est, neque ipse reus, neque heredes ejus heredumve successores.

Und dies gilt selbstverständlich ohne Unterschied, ob das versprochene non facere theilbar oder untheilbar ist. — Die Frage, ob und wieweit der einzelne von mehreren Schuldnern, die zu einem non facere schlechthin verpflichtet sind, auch für das Zuwiderhandeln der

übrigen hafte, kann daher überhaupt nur für den Fall aufgeworfen werden, in welchem jene Mehrheit von Schuldnern durch Erbgang herbeigeführt ist.

Abgesehen von diesem Falle hat die Theilbarkeit einer versprochenen Unterlassung nur die untergeordnete Bedeutung, daß der einzelne zu einer derartigen Unterlassung Verpflichtete dieser seiner Verpflichtung zum Theile nachzukommen, sowie zum Theile von derselben liberirt zu werden vermag. —

Es bleibt uns also noch die Untersuchung, ob und wieweit der einzelne von mehreren Erben des zu einem non facere Verpflichteten für das Zuwiderhandeln auch seiner Miterben haften müsse.

Der leitende Gedanke hierfür ist der allgemeine Gesichtspunct, daß infolge des Erbganges auf schuldnerischer Seite die Lage des Gläubigers rechtlich nicht verändert werden darf. Es hat danach die Gesammtheit der schuldnerischen Erben dem Gläubiger für das volle Ergebniß derjenigen Verbindlichkeit einzustehen, welche ihr Erblasser eingegangen ist. Sofern dieses Ergebniß durch eine quotenweise Erfüllung der einzelnen Erben zu erreichen ist, hat der Gläubiger dem einzelnen gegenüber sich mit einer solchen Erfüllung zu begnügen. Sofern aber eine, den Erbquoten der einzelnen Erben entsprechende, quotenweise Naturalerfüllung vonseiten aller einzelnen Erben dem Gläubiger das Ergebniß nicht liefern würde, das er durch die Naturalerfüllung vonseiten des ursprünglichen Schuldners gehabt hätte: sofern kann mithin der einzelne Erbe durch die Naturalerfüllung zu seiner Quote noch nicht als von seiner Haftung befreit gelten.

Wenn selbst also die Vornahme, und folglich auch die Unterlassung, der untersagten Handlung an sich quotenweis theilbar ist: so kömmt es doch weiter noch darauf an, ob der einzelne von mehreren Erben des Schuldners die Naturalerfüllung der gesammten Obligation nur zu einer, seiner Erbquote entsprechenden, Quote zu verletzen vermag. Ist dies der Fall, so ist freilich kein Grund vorhanden, ihn weiter haften zu lassen, als dafür, daß er eben zu dieser seiner Quote die Gesammtobligation nicht verletze. Denn, wenn jeder einzelne Erbe zu dieser seiner Quote die Obligation erfüllt hat, d. h. zuwiderzuhandeln außerstande ist: dann hat der Gläubiger den Zweck seiner Forderung vollständig erreicht.

Dies ist jedoch durchaus nicht die Regel. Regelmäßig vielmehr wird der einzelne Erbe die Verpflichtung zu einer theilbaren Unterlassung zwar zu einer beliebigen Quote verletzen können; aber diese

mögliche Quote der Verletzung wird in keiner nothwendigen Beziehung zu seinem Erbtheile stehen. Ja, ein einzelner Erbe wird oft sogar die verbotene Handlung zu ihrem vollsten Umfange vorzunehmen vermögen.

In diesen Fällen folglich ist die Concurrenz der mehreren Erben des Schuldners an der Naturalerfüllung der Obligation, d. h. an ihrer Nichtverletzung, so wenig nach Quoten zu bemessen, als da, wo die Vornahme der verbotenen Handlung quotenweis untheilbar ist. Die ganze Bedeutung der Möglichkeit einer quotenweisen Verletzung solcher Obligationen besteht demnach in dem Umstande, daß das Interesse an der versprochenen Unterlassung zu einer beliebigen Quote verfallen kann.

Das Ergebniß der bisherigen Untersuchung für den Fall mehrerer Erben des ursprünglichen Schuldners ist demnach dieses. Als theilbar, auch in der angegebenen Beziehung, ist nicht, wie bei den obligationes in faciendo, die ganze Classe der Obligationen hinzustellen, in denen ein an sich quotenweis theilbares facere in Betracht kömmt; sondern lediglich diejenige kleine Anzahl dieser Classe, bei welcher auch das Zuwiderhandeln jedem der mehreren Erben des Schuldners nur zu seiner Erbquote überhaupt möglich ist [1aa]).

Dies aber setzt Obligationen voraus, bei denen die Möglichkeit der Verletzung auch in ihrem Umfange abhängt von einer Eigenschaft, die erstens unter den einzelnen Erben in einem ihren Erbquoten entsprechenden Verhältnisse sich vertheilt findet, — und die zweitens mit jedem einzelnen dieser Erben, bis zur Erfüllung der Obligation, unzertrennlich verbunden bleibt. — Die Nothwendigkeit der erstern Voraussetzung leuchtet, nach dem Bisherigen, von selbst ein; diejenige der andern ergiebt sich leicht. Wo nämlich diese zweite Voraussetzung ermangelte, da würde mit jener Eigenschaft der einzelne Schuldner theils der Möglichkeit einer Verletzung sich entäußern können, ohne dadurch die Obligation selber zu seiner Quote zu erfüllen; — theils würde er von seinen Mitschuldnern, mittelbar oder unmittelbar, die diesen zuständige Möglichkeit der Verletzung sich erwerben und so zu einer, über sein eignes Concurrenzverhältniß erhöhten, Möglichkeit der Verletzung gelangen können.

1aa) So Donellus, Comm. de jure civ. XV. cap. VI. Nr. XIV. — „Dividua autem [sc. facta, quae in eo sunt, ne quid fiat], quum adversus id, de quo cautum est, ne fieret, non potest peccari ab uno ex heredibus promissoris nisi pro parte." Vgl. auch das. a. E.

Die erste Voraussetzung wird mit rechtlicher Gewißheit nur da vorhanden sein, wo jene Eigenschaft, wie die Obligation selber, vom ursprünglichen Schuldner mittels des Erbganges nach den Erbquoten auf die einzelnen Erben übergegangen ist. Da sich aber nur rechtliche, nicht auch thatsächliche, Zustände vererben: so ergiebt sich, daß jene Eigenschaft in einem, vererblichen, Rechtsverhältnisse bestehen muß. Untheilbar in unserm Sinne sind also zunächst, kraft der ersten Voraussetzung, alle Obligationen auf eine Unterlassung, in denen die Möglichkeit der Verletzung durch ein thatsächliches Verhältniß oder durch ein solches rechtliches Verhältniß bedingt ist, welches entweder sich nicht vererbt oder in der fraglichen Beziehung untheilbar ist, — also namentlich durch den Besitz, durch ein familienrechtliches Verhältniß, durch eine Personalservitut, durch das Pfandrecht [1b]).

Kraft der zweiten Voraussetzung erscheinen aber weiter noch als untheilbar in unserm Sinne diejenigen Obligationen auf eine Unterlassung, bei denen die Möglichkeit des Zuwiderhandelns zwar von einem theilbaren und vererblichen Rechtsverhältnisse abhängt, aber von einem solchen, das veräußert werden kann, — also namentlich von Eigenthum, Emphyteusis, Superficies.

Als theilbare Obligationen auf ein non facere bleiben demnach für uns nur diejenigen übrig, in denen die Möglichkeit eines Zuwiderhandelns abhängt von der Eigenschaft der Schuldner, Subjecte eines andern theilbaren [1c]) Obligationsverhältnisses zu sein.

Die Verpflichtung zu einem non facere, deren Verletzung nur für das Subject eines obligatorischen Verhältnisses möglich sein soll, kann aber nur auf die Nichtgeltendmachung dieses Verhältnisses gerichtet sein. Geltend gemacht wird eine Obligation von gläubigerischer Seite durch Beitreibung, von schuldnerischer Seite durch Zahlung. Nun ist allerdings die Möglichkeit der gültigen Beitreibung einer Forderung dadurch bedingt, daß der, selbst oder durch einen Stellvertreter, Beitreibende Gläubiger sei; — wirksam zahlen kann aber auch ein Nichtschuldner. Jene Eigenschaft, Subject eines Obligationsverhältnisses zu sein, von welcher die Möglichkeit einer Verletzung der Pflicht zu einem

---

1b) Das Pfandrecht gehört deshalb hierher, weil der Pfandnexus an dem ganzen, dem Erblasser verpfändeten, Objecte für jeden einzelnen Erben fortdauert, wenn auch nur bis zum Betrage der auf ihn gefallenen Quote der Pfandforderung.

1c) Untheilbare Obligationen sind selbstverständlich ausgenommen. Bartol. ad l. 4. §. 1. D. de V. O. Molinaeus, Labyr. P. 1. Nro. 52. p. 108.

non facere abhängt, läßt sich also ganz genau bestimmen als die Eigenschaft, Gläubiger zu sein.

Daß in der Cession ein Mittel gegeben ist, die Geltendmachung eines Forderungsrechtes zu übertragen, kömmt hier nicht in Betracht. Denn der Cessionar macht ja immer ein Recht des Cedenten geltend, wenn schon für eigne Rechnung. Und so liegt schon in der Vornahme der Cession seitens des Cedenten die Verletzung seines Versprechens: amplius non agi, — eine Bemerkung, die auch für das heutige Recht ihre Gültigkeit behauptet. Nur daß freilich wegen der bloßen Cession weder aus dem einfachen noch aus dem sub poena gegebenen Versprechen: amplius non agi — geklagt werden kann. Denn noch ist ja die Bedingung der Klage weder hier noch dort eingetreten, und beim einfachen Versprechen insbesondere noch gar kein Interesse des Stipulator vorhanden, worauf geklagt werden könnte.

Dagegen bezieht sich unsre Betrachtung allerdings nicht auf solche Obligationen des heutigen Rechtslebens, bei denen die Gläubigerschaft mit dem Besitze eines Grundstückes oder eines Papieres, an den sie geknüpft ist, übertragen werden kann.

Abgesehen aber von diesen Verhältnissen, die dem römischen Rechte fremd waren und die im heutigen Rechte nur Ausnahmen bilden, hätten wir denn damit endlich diejenigen Obligationen, oder vielleicht richtiger: diejenige Obligation in non faciendo gefunden, welche sich unter die Erben des Schuldners auch rücksichtlich der Naturalerfüllung theilt. Ihr Inhalt geht dahin, ein zuständiges Forderungsrecht nicht geltend zu machen: amplius non agere, non petere und dergl.

Einen directen Quellenbeleg hierfür wüßte ich freilich nicht beizubringen [1d]). Wohl aber ein sehr überzeugendes argumentum a majore ad minus. Dies ist enthalten in l. 4. §. 1. D. de V. O. 45, 1 [2]).

[1d]) Hätte freilich die stipulatio: Titium heredemque ejus ratum habiturum? in l. 4. §. 1. cit. D. de V. O. und l. 44. §. 6. D. fam. ercisc. 10, 2. wirklich einen ähnlichen Inhalt wie die stipulatio amplius non agi, was gewöhnlich angenommen wird — s. z. B. v. Savigny a. a. O. S. 344. Note 66. Ribbentrop, a. a. O. S. 216 f. Note 27. de Scheurl l. c. p. 30. —: so würde es uns an einem solchen directen Belege nicht fehlen. Wir haben nämlich in l. 4. §. 1. cit. jenes Versprechen ohne hinzugefügte poena zu denken. — S. Beilage II. sub III. zu Note 37.

Den Inhalt der fraglichen Stipulation aber glauben wir ganz anders verstehen zu müssen. Darüber handelt Beilage I.

[2]) S. diese Stelle (§. Cato.) in §. 17. S. 129 ff.

Das Versprechen: amplius non agi, von dem im l. 4. §. 1. cit. gehandelt wird, ist durch Hinzufügung einer bestimmten Conventionalstrafe gesichert. Die durchgreifende Regel ist nun diese, daß eine solche Strafe zu ihrem vollen Betrage verfällt, sobald nur der allergeringste Theil der, durch sie gesicherten, wenn also auch durchaus theilbaren Leistung nicht erfüllt ist [3]). Gerade bei unserm Versprechen: amplius non agi soll hiervon jedoch eine Ausnahme eintreten. Die auf den Fall des Zuwiderhandelns gesetzte Strafe verfällt hier nur gegen denjenigen der mehreren Erben des Schuldners, welcher gegen das Versprechen gehandelt hat, und nur zu seinem Erbantheile. — Es versteht sich danach um so vielmehr, daß aus der einfachen Verpflichtung: amplius non agi — ohne hinzugefügte Strafe auch nur derjenige der mehreren Erben des Schuldners, und zwar auf das Interesse, belangt werden kann, welcher eines amplius agere sich schuldig gemacht hat [4]).

Der Grund der Theilbarkeit der stipulatio: amplius non agi — in diesem Sinne ist keinesweges etwas Neues [5]).

Neu dagegen dürfte der Nachweis sein, daß eben nur diese oder eine ganz gleichbedeutende Obligation auf ein non facere eine theilbare Obligation in dem von uns erörterten Sinne sein könne.

Mit diesem Nachweise erledigen sich von selbst allerlei Halbwahrheiten und Unrichtigkeiten, welche in der Lehre von den obligationes in non faciendo vorgetragen werden.

So ist es zunächst klar, daß die stipulatio: amplius non agi — nicht als ein bloßes Beispiel für theilbare obligationes in non faciendo aufgeführt werden darf [6]). Ebensowenig läßt sich sagen, daß

---

3) S. einstweilen l. 85. §. 6. D. de V. O. 45, 1. und unten §. 17.

4) Das Gleiche würde endlich auch für den Fall anzunehmen sein, wo nicht eine certa poena, sondern quanti ea res erit für das Zuwiderhandeln versprochen ist.

5) S. z. B. Donellus, Comm. de jur. civ. lib. XV. cap. VI. Nro. XIV. (Ed. Luc. Tom. IV. col. 59 sq.) Ramos del Manzano. c. l. cap. V. §. XIII. (Meerman. Thes. Tom. VII. p. 176.) — de Scheurl, l. c. p. 56. und von Savigny, Obl.-R. Bd. 1. S. 344. Doch kann ich nicht leugnen, daß namentlich das „ohnehin" am letzten Orte es mir einigermaßen zweifelhaft macht, wie weit hier die zwingende Kraft gerade dieses Grundes anerkannt werde.

6) Vgl. de Scheurl, c. l. p. 56. p. 80 sq. v. Vangerow, Lehrb. Bd. 3. §. 56 f. Anm. 2. sub I. 3. S. 11 ff., der noch dazu von einem pactum de non petendo redet, aus dessen Verletzung das Interesse geschuldet werde.

der Gegensatz der theilbaren und untheilbaren obligationes in non faciendo meist damit zusammenfalle, ob das verbotene facere ein juristisches oder ein nichtjuristisches Handeln sei[7]). Unrichtig ist es weiter, aus der Nichttheilung der Naturalpräſtation der Obligation auf ein bestimmtes non facere unter die Erben des Schuldners auf die Untheilbarkeit dieses facere selber zu schließen[8]). Nicht minder unrichtig, umgekehrt wegen der Theilbarkeit eines gewissen facere zu behaupten, es theile sich auch die Obligation auf Unterlassung dieses facere unter die schuldnerischen Erben[9]).

Ein Beispiel mag das Vorhergehende veranschaulichen. Wir wählen dazu die Stipulation: habere licere spondes? welche wir uns hier also ohne hinzugefügtes Poenalversprechen denken.

Die positive Präſtation des habere ist bald theilbar, bald untheilbar, je nachdem nämlich darin der juristische Besitz, das Eigenthum u. s. w., oder aber das blos factische Innehaben, die Detention, gewährt werden soll[10]). Die Entziehung des habere aber kann sowohl durch ein juristisches Handeln, z. B. durch Anstellen der rei vindicatio, geschehen, als durch ein rein thatsächliches Wegnehmen. Soweit mithin das habere licere dadurch präſtirt wird, daß die Detention der fraglichen Sache in Händen des Gläubigers bleibt, ist die Verpflichtung dazu ihrer Natur nach untheilbar; — soweit dagegen das habere licere durch Unterlassen der Vindication präſtirt wird, steht wenigstens die Natur dieser Leistung einer Theilung der Verpflichtung dazu nicht entgegen[10a]). Man möchte also etwa daran denken, nach diesem Unterschiede in unserer Obligation zwei selbständige Momente zu sondern: ein theilbares und ein untheilbares, — wie es in der That Obligationen eines derartig gemischten Inhaltes giebt[11]). — Ein anderer Grund aber ist es, welcher einer Theilung der Präſtation

---

7) Vgl. v. Savigny, a. a. O. S. 343.

8) Vgl. Ribbentrop, a. a. O. S. 209 f. und S. 215 ff. Note 27.

9) Vgl. Duaren. Comment. in Tit. de V. O. ad l. 3. pr. l. 4. §. 1. v. pro portione hered.]. a. l. 85. sub IV. de Scheurl, l. c. p. 80 sq. p. 103 sub 11. vgl. p. 56. alin. 3. — auch v. Savigny, a. a. O.

10) l. 38. §. 9. D. de V. O. 45, 1. — S. auch de Scheurl, l. c. p. 55.

10a) Vgl. z. B. l. 1. l. 34. §. 1. l. 39. §. 2. l. 64. pr. §. 1. §. 2. D. de evict. 21, 2. l. 13. §. 17. D. de A. E. et V. 19, 1. l. 1. l. 2. l. 5. Cod. de comm. rer. alien. 4, 52. l. 2. l. 16. Cod. de evict. 8, 45. l. 2. Cod. de in lit. dando tutore. 5, 44.

11) So ist z. B. die Obligation des Miethers theilbar rücksichtlich des Miethpreises, untheilbar rücksichtlich der Rückgabe des Miethgegenstandes.

des habere licere unter die Erben des Schuldners auch für dasjenige Stück der Verpflichtung dazu widerstreitet, das in der an sich theilbaren Unterlassung der Vindication seine Erfüllung findet. Die Gesammtheit der schuldnerischen Erben hat dem Gläubiger das volle Ergebniß dessen zu gewähren, was ihm der schuldnerische Erblasser zu leisten verpflichtet war. Nehmen wir nun zuerst den einfachsten Fall an, in dem der Schuldner selber mit dem Eigenthume an der fraglichen Sache die Möglichkeit zu deren Vindication in totum bis zu seinem Tode gehabt hat. Hier würde allerdings unmittelbar infolge des Erbganges mit jenem Eigenthume die Möglichkeit der Vindication pro portionibus hereditariis auf die einzelnen Erben sich vertheilen: und wenn diese Vertheilung bliebe, so würde der Gläubiger durch die Vindication überhaupt nicht mehr in seinem habere gestört werden, sobald eben nur jeder einzelne Erbe pro portione sua nicht vindicirte. Allein sogar dann, wenn der Gläubiger den Besitz der Sache hat, kann, ja, muß unter Umständen eine andere Vertheilung an deren Eigenthume eintreten, das dann regelmäßig einem der Erben im ganzen zufällt. Abgesehen nämlich von den veralteten Veräußerungsformen der in jure cessio und mancipatio praedii und der modernen particularrechtlichen Auflassung eines Grundstückes durch Umschreibung im Hypothekenbuche, giebt es im heutigen gemeinen Rechte für die Erben jedenfalls in der Adjudication bei gerichtlicher Theilung ein Mittel, Eigenthum ohne Besitz zu übertragen und zu erwerben[12]). Und infolge hiervon würde der Gläubiger keinesweges sein Genüge erlangen, wenn der einzelne Erbe des Schuldners nur dafür haftete, daß er selber nicht zu seinem Erbantheile die Vindication der fraglichen Sache anstellte. — In einem zweiten Falle ergiebt sich dies noch leichter. Wenn nämlich jemand die Nichtvindication einer fremden Sache schlechthin versprochen hat, so ist seine Obligation einstweilen zwar bedeutungslos. Sie gewinnt aber Bedeutung, sobald er das Eigenthum jener Sache erlangt[13]). Und, da seine Obligation an sich auf seine Erben über-

---

12) §. 7. J. de off. jud. 4, 17. — Daß die Auseinandersetzung wegen einer Sache, welche die Erben einem Dritten zu lassen verpflichtet sind, an sich bedeutungslos erscheint, ändert ihre rechtliche Zulässigkeit nicht. Vgl. l. 8. §. 2. D. fam. ercisc. 10, 2.

13) l. 38. cit. §. 4. D. de V. O. 45, 1. Quaesitum est, utrum propriam demum rem, an et alienam promittere possit habere licere? Et magis est, ut et alienam promitti possit. quae res ita effectum habebit, si propria esse promissoris coeperit. quare si perseveraverit aliena: dicen-

geht, so wird sie natürlich auch für diese wirksam, sobald nur einer derselben Eigenthümer jener Sache ist[13a]). Dennoch ist die Möglichkeit der Vindication von vornherein eben nur bei diesem einen. — Nur in einem dritten Falle ist das Verhältniß aller Erben mit Nothwendigkeit rechtlich durchaus gleich; aber hier hat auch keiner von ihnen überhaupt die Möglichkeit der Vindication. Es ist dies der Fall, in dem der Schuldner das Eigenthum der fraglichen Sache später veräußert hat; denn es unterliegt wohl keinem Zweifel, daß er alsdann fortdauernd auch für die Nichtvindication vonseiten dritter Eigenthümer einstehen muß, die ja unmöglich wäre, falls er selber das Eigenthum behauptet hätte[14]). Und diese Verbindlichkeit geht selbstverständlich auf seine Erben über. — Das Ergebniß von dem allem ist also dieses, daß, trotz der unleugbaren Theilbarkeit der Verletzung des habere licere mittels der Vindication, die einzelnen Erben des Schuldners auch für jede solche Verletzung der ererbten Obligation insgesammt aufzukommen haben, weil nur durch diese gesammte Haftung dem Gläubiger mit Gewißheit dasjenige gewährt zu werden vermag, was er zu fordern berechtigt ist[15]). —

Es bleibt nun noch die Frage übrig, ob und wie weit der einzelne Erbe, welcher durch sein Zuwiderhandeln die gemeinsame Obligation verwirkt, den übrigen zum Ersatze dessen verpflichtet sei, was sie infolge seines Zuwiderhandelns dem Gläubiger zahlen müssen.

von Savigny[16]) behauptet ganz allgemein, der einzelne Urheber der Verletzung sei seinen Miterben[17]) regreßpflichtig und zwar mit der Wirkung, daß er die Leistung an den Gläubiger ausschließlich trage, die übrigen davon völlig freigehalten werden.

---

dum erit, stipulationem non committi, nisi poena adjecta sit, quum neque per eum, neque per successorem ejus quicquam factum sit.

[13a]) S. l. 38. cit. pr. — obligatur etiam, ne heres suus vel quis caeterorum successorum efficiat, ne habere liceat. Auch l. 14. Cod. de R. V. 3, 32. Vgl. Ribbentrop, a. a. O. S. 220. Note 32. — Vgl. auch l. 51. §§. 2. 3. D de evict. 21, 2.

[14]) S. etwa l. 38. pr. — se obligat, ne ipse faciat, quominus habere liceat.

[15]) Vgl. l. 5. §. 4. i. f. D. de V. O. 45, 1. — nec enim aliud in his stipulationibus sine injuria stipulatoris constitui potest. — Aehnlich würde es sein mit der Stipulation: frui licere, worein etwa die Verpflichtung des Verpächters gekleidet ist.

[16]) Obl.-R. Bd. 1. §. 34. S. 366 zu Note o.

[17]) v. Savigny spricht noch allgemeiner von Mitschuldnern schlechthin. Daß dies aber nur für Miterben richtig ist, haben wir oben gezeigt. S. 73 f.

Die Regel ist dies allerdings. Wir finden sie bezeugt in

l. 2. §. 5. D. de V. O. 45, 1.

Item si in facto sit stipulatio, veluti si ita stipulatus fuero: per te non fieri neque per heredem tuum, quominus mihi ire agere liceat? et unus ex pluribus heredibus prohibuerit: tenentur quidem et coheredes ejus, sed familiae erciscundae judicio repetent, quod praestiterint. hoc et Julianus et Pomponius probant.

und noch ausdrücklicher in

l. 44. §. 5. D. fam. ercisc. 10, 2.

Quod ex facto suo unus ex coheredibus ex stipulatione hereditaria praestat, a coherede non repetet. veluti si a se heredeque suo dolum malum abfuturum defunctus spopondit, vel neque per se neque per heredem suum fore, quominus quis eat, agat. Ideo et si reliqui propter factum unius teneri coeperint, quasi conditio stipulationis hereditariae exstiterit, habebunt familiae erciscundae judicium cum eo, propter quem commissa sit stipulatio [18]).

Diese Regel kann jedoch nicht für ausnahmslos gelten. Mit Nothwendigkeit vielmehr muß eine Ausnahme da eintreten, wo nach der Regel der einzelne Erbe durch die Erfüllung der auf ein non facere gerichteten Verpflichtung über seinen Erbtheil hinaus getroffen werden würde, indem er in der Unterlassung des verbotenen facere auf die Ausübung eines Rechtes verzichten müßte, das ihm unabhängig von seiner Erbenqualität zusteht. Denken wir uns z. B. die früher besprochene Stipulation, neque per promissorem neque per heredem ejus fieri, quominus habere liceat, rücksichtlich einer Sache, die nicht im Eigenthume des Erblassers, sondern eines seiner mehreren Erben sich befindet. Wollte man hier diesem einen Erben mittels der regelmäßigen Regreßpflicht das gesammte Interesse des Stipulator am habere licere aufbürden: so wäre das praktisch eine völlige Beraubung seines Eigenthums an jener Sache. Wenn er also hier die ganze Sache vindicirt [19]): so wird er gleichwohl im ganzen nur pro portione hereditaria dem Gläubiger für dessen Interesse aufzukommen

[18]) S. auch l. 85. §. 3. D. de V. O. (oben §. 12. S. 84.) und l. 25. §. 12. D. fam. ercisc. 10, 2. Die letztere Stelle redet von der Caution, mit welcher sich die einzelnen Miterben bei der Erbauseinandersetzung den Regreß sichern.

[19]) Was er unzweifelhaft rechtlich vermag. l. 17. D. de evict. 21, 2.

brauchen[20]), wie ihm auch nur zu dieser Quote die exceptio rei venditae et traditae oder eine doli exceptio entgegensteht[21]). Den übrigen Theil des gläubigerischen Interesse aber haben die Miterben endgültig auf sich zu nehmen. — Aehnlich ist es mit der Stipulation, neque per promissorem, neque per heredem ejus fieri, quo minus ire agere liceat, rücksichtlich eines Grundstückes, an welchem einer von mehreren Erben das ganze Eigenthum hat. Jedenfalls müssen die Miterben ihn zu ihren Erbantheilen dafür schadlos halten, daß er, gemäß der auf sie alle übergegangenen Verpflichtung des Erblassers, dem Gläubiger ungestört die Ausübung des ire agere gestattet.

Soviel von dem Verhältnisse mehrerer Personen, die zu einem non facere verpflichtet sind.

Weit einfacher ist die Untersuchung für den Fall, wo in einer obligatio stricta auf eine Unterlassung ohne Poenalversprechen mehrere Gläubiger vorhanden sind.

Hier macht es auch keinen Unterschied, ob diese Mehrheit von Anfang an dagewesen oder erst infolge Erbganges entstanden ist. Jeder einzelne klagt stets nur sein besonderes Interesse ein, wie es durch Vornahme der untersagten Handlung verletzt erscheint, also völlig unabhängig von den übrigen Gläubigern. Dies ergiebt sich klar und zweifellos aus l. 2. §. 6. und l. 3. D. de V. O. 45, 1.

l. 2. §. 6. (Paullus lib. 12. ad Sabin.)

Contra autem si stipulator decesserit, qui stipulatus erat, sibi heredique suo agere licere, et unus ex heredibus ejus prohibeatur, interesse dicemus, utrum in solidum committatur stipulatio, an pro parte ejus, qui prohibitus est. nam si poena stipulationi adjecta sit, in solidum committetur; sed qui non sunt prohibiti, doli mali exceptione summovebuntur; sive poena nulla posita sit: tunc pro parte ejus tantum, qui prohibitus est, committetur stipulatio.

l. 3. (Ulpianus lib. 49. ad Sabin.)

pr. Idem juris est in illa stipulatione: mihi heredique meo habere licere?

---

20) Ebenso würde er aus der duplae stipulatio nur pro portione hereditaria zu haften haben.

21) l. 14. Cod. de R. V. 3, 32.

§. 1. Sed haec differentia illam habet rationem, quod ubi unus ex heredibus prohibetur, non potest coheres ex stipulatu agere, cujus nihil intersit, nisi poena subjecta sit: nam poena subjecta efficit, ut omnibus committatur, quia hic non quaerimus, cujus intersit. enim vero ubi unus ex heredibus prohibet, omnes tenentur heredes: interest enim prohibiti, a nemine prohiberi.

Bemerken wollen wir zum Schlusse nur noch dieses, daß die Worte: pro parte, die in l. 2. §. 6. cit. zweimal vorkommen, durchaus nicht zu der Meinung veranlassen dürfen, der verletzte Erbe des Gläubigers könne nur seinen Erbantheil von dem Interesse einklagen, welches der Erblasser selber an der Erfüllung der Obligation gehabt habe. Jene Worte heißen nichts weiter als „vonseiten", „mit Rücksicht auf", „hinsichtlich" und dergleichen[22]). Es verfällt vielmehr dem einzelnen Erben sein besonderes Interesse in vollstem Umfange, der möglicherweise das Interesse des Erblassers weit übertreffen kann.

§. 15. B. Obligationen, welche bedingt gefaßt sind.

1. Uebersicht.

Wir gehen nunmehr über zu der Betrachtung derjenigen gewillkürten Obligationen, welche ausdrücklich auf eine Bedingung gefaßt sind. Die Theilbarkeit der Leistung, worauf solche Obligationen verfallen, richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen[1]). Was uns hier beschäftigen muß, ist die Untersuchung, wie weit diese Leistung, ihre Theilbarkeit an sich also vorausgesetzt, durch eine theilweise Erfüllung der Bedingung zum Theile zu verfallen vermag; insbesondere, wie weit im Falle einer Mehrheit von Obligationenssubjecten der Eintritt der Bedingung aufseiten eines dieser Subjecte für und gegen die übrigen wirke.

Die gewillkürten bedingten Obligationen zerfallen in zwei Abtheilungen. Die eine Abtheilung davon machen solche bedingte Obligationen aus, welche eine bestimmte Leistung zum Gegenstande haben. Die andere Abtheilung umfaßt solche bedingte Obligationen, welche auf quanti ea res erit lauten.

---

[22]) S. auch l. 2. §. 2. D. de praet. stip. 46, 5. verb.] uno ex heredibus stipulatoris vincente, in partem ejus committatur stipulatio. Vgl. im Gegensatze dazu l. 25. §. 9. D. fam. ercisc. 10, 2. verb.] si non praestetur via, pro parte hereditaria condemnationem fieri oportet. und dazu oben §. 8. zu Note 12.

[1]) Vgl. v. Savigny, Obl.-R. Bd. 1. §. 31. S. 329.

Während wir aber dieser zweiten Abtheilung, nach Maßgabe unserer Quellen, nur wie im Vorübergehen gedenken können, müssen wir jener ersten Abtheilung eine ausführlichere Besprechung widmen.

Hierbei macht sich sogleich eine weitere Scheidung von Kategorieen nothwendig. Bald liegt die Erfüllung der Bedingung, von welcher der Verfall der obligationsmäßigen Leistung abhängt, der gläubigerischen Seite ob. Bald dagegen erscheint als Inhalt der Bedingung diejenige Leistung, um welche es den Parteien materiell eigentlich zu thun ist, so daß die in obligatione befindliche Leistung nur als Surrogat oder etwa auch als Accessorium der in conditione befindlichen Leistung gilt, die demnach von der schuldnerischen Seite zu erfüllen ist. Bald endlich ist der Eintritt der Bedingung der Einwirkung beider Parteien gleichmäßig entrückt, und die obligationsmäßige Leistung damit ins absolut Ungewisse gestellt.

Diese letzte Kategorie bietet nichts Bemerkenswerthes. Eben weil der Eintritt der Bedingung durchaus als casuell erscheint, kann ihm keine Beziehung auf eines von mehreren auf derselben Seite befindlichen Obligationssubjecten gegeben werden. Die Existenz und die Deficienz der Bedingung wirkt also für oder gegen die sämmtlichen Gläubiger wie Schuldner.

Nicht so einfach erledigen sich die beiden andern Kategorieen. Ihre Erörterung soll den Gegenstand der beiden folgenden Paragraphen ausmachen.

§. 16. 2. Auf eine bestimmte Leistung.

a. Die Bedingung ist für die gläubigerische Seite gestellt *).

Im Verkehre unter Lebenden kömmt es eben nicht häufig vor, daß das Dasein eines Forderungsrechtes von der Erfüllung einer Bedingung abhängig gemacht wird, die der zukünftige Gläubiger in seiner Hand hat. Es erscheint hier weitaus das Natürlichere, die Leistung, welche der eine Theil zu beschaffen hat, um die Obligirung des anderen Theiles wirksam zu machen, geradezu als obligationsmäßige, erzwingbare Gegenleistung hinzustellen.

Desto häufiger aber wird es bei letztwilligen Verfügungen sich

*) Jos. Fernandez de Retes, de divid. et ind. obl. comment. praelud. II. (Meerman. Thes. Tom. VII. p. 602. sqq.) Ramos del Manzano ad Tit. de V. O. Recitt. Pars. I. tract. 3. de div. et ind. obligatt. cap. I. §. VII. (Meerman. c. l. p. 158. sq.)

ereignen, daß die Berechtigung einer honorirten Person abhängig gemacht wird von einer Leistung, welche ihr als Bedingung ihres Anspruchs erst zu erfüllen obliegt.

Ist nun die in conditione befindliche Leistung auf etwas an sich Theilbares gerichtet, so kann die Theilung dieser Leistung in folgenden Beziehungen in Betracht kommen.

1) Der creditor sub conditione hat einen Theil der Bedingung erfüllt.

Hier hat er bei letztwilligen Verfügungen noch gar keinen Anspruch auf die ihm bestimmte Forderung, auch nicht zu jenem Theile, sei es, daß ein einziger Schuldner, sei es, daß eine Mehrheit von Schuldnern ihm gegenübersteht, von welchen er den einen oder den andern befriedigt hat [1]).

2) Es ist eine anfängliche Mehrheit von Gläubigern vorhanden, denen jene Bedingung gemeinsam gesetzt ist.

Hier wird bei letztwilligen Anordnungen angenommen, daß die Bedingung selber unter die mehreren Honorirten getheilt sei. Der einzelne kann daher die Forderung zu seinem Theile geltend machen, sobald er die Bedingung zu seinem Theile erfüllt hat [2]).

Bei Verträgen muß in der einen wie in der andern Beziehung der Wille der Contrahenten als das Entscheidende angesehen werden. Ist derselbe nicht zweifellos ausgedrückt, so hat man ihn nach allgemeinen Grundsätzen aufzusuchen. Als muthmaßliche Absicht der Parteien würden wir in beiden Fällen es erachten, daß der zukünftige Schuldner oder die zukünftigen Schuldner noch gar nicht obligirt sind, solange nicht die dem einen zukünftigen Gläubiger oder den mehreren zukünftigen Gläubigern gestellte Bedingung völlig erfüllt sei. Während sich nämlich für den Fall einer anfänglichen Mehrheit von Gläubigern infolge einer letztwilligen Verfügung sagen läst, der Erblasser scheine, indem er ihnen allen Eine Bedingung setzte, potius celerius dixisse quam in conditione conjunxisse: möchte bei Verträgen nicht wohl

---

[1]) Vgl. l. 56. D. de condit. et demonstr. 35, 1. zu Anf. l. 23. eod. Diese Stellen handeln zwar von einem bedingten Vindicationslegate; ihre Entscheidung ist aber ohne Frage auch auf blos obligatorisch wirkende Legate auszudehnen.

S. etwa auch noch l. 12. und l. 6. §. 7. D. de statulib. 40, 7.

[2]) Vgl. l. 54. §. 1. l. 56. cit. l. 112. §. 2. D. de condit. et demonstr. 35, 1. l. 44. §. 8. eod. vgl. l. 20. D. de legat. 2. — l. 6. Cod. de condit. insert. 6, 46. — S. vorige Note.

anzunehmen sein, daß der einzelne von mehreren Gläubigern, der sein Forderungsrecht von einer für sie alle ungetheilt ausgesprochenen Bedingung abhängig macht, in der That dieses Forderungsrecht schon habe erwerben wollen und sollen, sobald nur sein Theil der gemeinsamen Bedingung erfüllt sei.

3) An die Stelle eines anfänglichen Gläubigers tritt mittels Erbganges eine Mehrheit von Gläubigern.

Hier soll selbst bei letztwilligen Verfügungen der einzelne Erbe erst dann den auf ihn fallenden Antheil der bedingten Forderung erwerben, wenn die gemeinsame Bedingung völlig erfüllt ist [3]).

Und das Gleiche wird ohne Frage auch bei Vertragsobligationen gelten müssen. —

Ist aber die der gläubigerischen Seite gestellte Bedingung auf eine untheilbare Leistung gerichtet, so wird in allen vorhin angeführten Beziehungen mit Nothwendigkeit eine Theilung der Forderung infolge einer theilweisen Erfüllung der Bedingung ausgeschlossen sein [4]). Dies muß selbstverständlich für letztwillig angeordnete wie für vertragsmäßige Obligationen übereinstimmend gelten.

Bei letztwilligen Verfügungen kann es außerdem zweifelhaft werden, ob derjenige von mehreren bedingt Honorirten das ihm Zugedachte erwerbe, wenn er nichts zu der Erfüllung der untheilbaren Bedingung beigetragen, dieselbe vielmehr ausschließlich seinen Mitgläubigern überlassen hat. Die Entscheidung beruht hier lediglich im ausdrücklichen oder muthmaßlichen Willen des Erlassers [5]).

Wenn einer von mehreren unter derselben Bedingung Berechtigten die ganze Bedingung erfüllt, um die Obligation zur Existenz zu bringen, so hat er gegen seine Mitgläubiger pro rata den Regreß mittels der actio negotiorum gestorum [6]) oder beziehungsweise mittels der actio familiae erciscundae [7]).

§. 17. b. Die Bedingung ist für die schuldnerische Seite gestellt *).

Wir haben es von nun an mit denjenigen gewillkürten obligationes strictae zu thun, deren Verfall durch eine, positive oder

---

3) Vgl. l. 56. D. de condit. et demonstr. 35; 1. cit.

4) Vgl. l. 112. pr. D. de condit. et demonstrat. 35, 1. f. l. 6. Cod. cit. de cond. insert. 6, 46.

5) Vgl. l. 13. pr. §§. 1. 2. D. de manumiss. test. 40, 4.

6) Alfr. Brinkmann, a. a. O. S. 144.

7) Das. S. 107.

*) Vgl. v. Savigny, Obligationen-R. Bd. 2. §. 8. S. 272 ff.

negative, Handlung der schuldnerischen Seite bedingt ist, — also mit Conventionalstrafen.

In den allermeisten Fällen geht eine Conventionalstrafe auf etwas Gewisses, auf ein certum im eigentlichen Sinne, insbesondere auf eine certa pecunia [1]). In andern Fällen bildet die Leistung des relativen quanti ea res erit ihren Inhalt. Denkbar bleibt es endlich noch, daß zwar von vornherein eine bestimmte Leistung versprochen ist, aber eine solche, welche ein certum im technischen Sinne nicht enthält.

Von den Fällen der letzten Art ist, wenigstens mit Rücksicht auf die Theilung der Bedingung, unseres Wissens in unsern Quellen keine Rede. Wir dürfen sie daher auf sich beruhen lassen. Im wesentlichen werden sie sich übrigens den Fällen der Conventionalstrafe auf ein certum ähnlich beurtheilen.

Diese Fälle auf ein certum bilden unsere nächste Aufgabe.

Schon oben in §. 15. haben wir bemerkt, daß die Conventionalstrafe in einem zwiefachen Verhältnisse stehen könne zu derjenigen Leistung, welche sich in conditione befindet. Entweder nämlich liegt in der Conventionalstrafe ein gewillkürter Anschlag des Interesse an jener Leistung, so daß die Forderung der Strafe, sei es mit Nothwendigkeit [2]), sei es nach Wahl des Gläubigers, an die Stelle der Forderung auf jene Leistung selbst tritt. Oder aber die Conventionalstrafe kann als eigentliche Strafe nicht gehöriger Erfüllung neben der Erfüllung der in conditione befindlichen Leistung gefordert werden. Die Regel bildet das erstere Verhältniß.

Für unsere Erörterung scheint dieser Unterschied nicht in Betracht zu kommen, da in beiden Verhältnissen der Eintritt der Bedingung gleichmäßig auf das Verfallen der Strafe wirken muß [2a]). Allein,

---

[1]) S. l. 11. §. 2. D. de recept. qu. arbitr. 4, 8.

[2]) So ist es stets, wenn diejenige Leistung, deren Interesse durch die Strafe vertreten wird, mittels einer obligatio stricta geschuldet wird. Ist aber die mittels des Strafversprechens gesicherte Leistung Gegenstand eines an sich klagbaren negotium bonae fidei: so hat der Gläubiger die Wahl, ob er dieses geltend machen, oder aber die Strafe einklagen will. Hat er das Letztere gewählt, so kann er außerdem noch den etwaigen Ueberschuß der andern Klage mit dieser verfolgen. — S. v. Savigny, a. a. O. S. 277 f.

[2a]) Man hat auf diesen Unterschied großes Gewicht gelegt und daraus z. B. den Gegensatz erklärt, der sich zwischen l. 4. §. 1 und l. 5. §. 4. D. de V. O. ergiebt. S. Molinaeus, l. c. Pars III. Nris 388 sqq. (p. 256 sq.) Allein ohne jeglichen Grund. S. auch das. Nro. 464 sq. 469 sq. (p. 266 sq.)

obschon dies nach strengem Rechte der Fall ist: so entspricht es doch der Billigkeit, daß die Strafe da, wo sie als gewillkürter Anschlag des Interesse erscheint, nur dann eingetrieben werde, wenn ein solches Interesse überhaupt verletzt ist. Und diese Anforderung der Billigkeit ist, wie andere Billigkeitsrücksichten, wenigstens im spätern classischen Rechte, mittels einer doli exceptio zur Geltung gelangt. —

Wir gehen jetzt zu den Einzelheiten über.

I. Wenn der Inhalt der Bedingung auf etwas Untheilbares gerichtet ist: so kann selbstverständlich die Bedingung nur in solidum eintreten. Ist auf jeder Seite der bedingten Obligation nur ein Subject vorhanden, so muß also diese Obligation hüben und drüben in solidum verfallen. Sind mehrere Schuldner vorhanden, so werden sie alle verpflichtet; jeder einzelne haftet pro rata für die Strafsumme [3]). Sind mehrere Gläubiger vorhanden, so erwerben sie alle, jeder pro rata, die Strafforderung. Es scheint auch einen Unterschied nicht zu verursachen, ob die Mehrheit von Schuldnern oder Gläubigern durch Erbgang hervorgerufen oder aber eine anfängliche ist, wofern nur im letzteren Falle die Absicht der Parteien dahingeht, daß beim Eintritte der Bedingung der einzelne Schuldner für die Strafe pro rata hafte, der einzelne Gläubiger dieselbe pro rata erwerbe [4]).

Wenn jedoch die Strafe das Interesse an der in conditione befindlichen Leistung vertritt, der einzelne von mehreren Gläubigern aber an dieser selbst kein Interesse hat: so wird, nach der oben hervorgehobenen Billigkeitsrücksicht, seiner Klage auf den ihm ipso jure verfallenen Theil der Strafsumme eine doli exceptio entgegengestellt [5]). — Herausheben wollen wir hierbei noch, daß das Interesse an der in conditione befindlichen Leistung ebenso wohl ein mittel-

[3]) S. l. 4. §. 1. D. de V. O. 45, 1. l. 85. §. 3. eod. Nach Molinäus haftet der heres, qui contra facit, quam cautum est, dem Gläubiger in solidum für das Interesse. c. l. Pars I. (§. Harum.) Nris. 20. sqq. (p. 104.) P. II. Nr. 193. (p. 146.) P. III. Nr. 5. (p. 207.) Nris. 173 sqq. (p. 230.)

[4]) Dieses Verhältniß wird in den Quellen, unseres Wissens, durchaus nicht erwähnt. Es wird freilich auch selten vorkommen, da in derartigen Fällen vielmehr regelmäßig Correalität ausbedungen werden wird.

[5]) l. 2. §. 6. D. de V. O. 45, 1. S. oben §. 14. S. 117. Vgl. auch l. 5. §. 4. D. eod. i. f. Nur kann freilich die in conditione befindliche Leistung von der hier geredet wird, nämlich die Erfüllung der schiedsrichterlichen Sentenz, sehr wohl an sich theilbar sein. S. v. Savigny, Obl.-R. Bd. 1. S. 344. Note 66.

bares, als ein unmittelbares sein kann. Es ist z. B. die stipulatio: spondesne, si domum in area mea non aedificaveris, centum mihi dari? auf mehrere Erben des Gläubigers gekommen. Bei der Erbauseinandersetzung wird jene area veräußert, und dem Erwerber derselben die Erbauung eines Hauses darauf versprochen. Dann hat jeder einzelne, an diesem Versprechen betheiligte, Erbe des Gläubigers pro rata hereditaria eine Klage auf die in solidum verfallene Strafe von 100, quia ejus interest, domum aedificatam esse. Ob ein Interesse überhaupt vorliegt, das ist quaestio facti.

Ist dagegen die Strafe neben der in conditione befindlichen Leistung auszuklagen, so daß sie also als reine Strafe erscheint: dann möchten wir annehmen, daß auch der durch den Eintritt der Bedingung direct nicht berührte Gläubiger seinen Strafantheil wirksam einklagen könne. —

II. Wenn der Inhalt der Bedingung auf etwas an sich Theilbares gerichtet ist, so ist zwar eine Erfüllung der Bedingung zu einer Quote möglich. Allein die durchgreifende Regel ist es auch hier, daß die ganze Straffumme verfällt, sobald selbst nur ein Theil der Bedingung unerfüllt geblieben ist. So wird es uns ausdrücklich bezeugt für den Fall, da von den mehreren Erben des Schuldners nur einige, vielleicht mit Ausnahme eines einzigen, erfüllt haben.

l. 85. §. 6. D. de V. O. 45, 1. (Paullus lib. 75. ad edict.)

> Item si ita stipulatio facta sit, si fundus Titianus datus non erit, centum dari? nisi totus detur, poena committitur centum; nec prodest partes fundi tradere, cessante uno [sc. herede promissoris], quemadmodum non prodest ad pignus liberandum, partem creditori solvere.

l. 5. §. 4. D. de V. O. 45, 1. (Pompon. lib. 26. ad Sabin.

> Si sortem promiseris et, si ea soluta non esset, poenam: etiam si unus ex heredibus tuis portionem ex sorte solverit, nihilominus poenam committet, donec portio coheredis solvatur. Idemque est de poena ex compromisso, si unus paruerit, alter non paruerit sententiae judicis. Sed a coherede ei satisfieri debet. nec enim aliud in his stipulationibus sine injuria stipulatoris constitui potest.

l. 25. §. 13. D. fam. erc̆isc. 10, 2. (Paull. lib. 23. ad edict.)

> Idem juris est in pecunia promissa a testatore, si sub poena promissa sit. nam licet haec obligatio dividatur per legem XII. tabb., tamen, quia nihil prodest ad poenam evitandam, partem suam solvere: sive nondum soluta est pecunia, nec dies venit, prospiciendum est per cautionem, ut de indemnitate caveat, per quem factum fuerit, ne omnis pecunia solveretur, aut ut caveat, se ei, qui solidum solverit, partem praestaturum; sive etiam solvit unus universam pecuniam, quam defunctus promisit, ne poena committeretur, familiae erciscundae judicio a coheredibus partes recipere poterit.

Was damit aber von mehreren Erben gesagt ist, wird um so viel mehr von Einem Schuldner gelten müssen[6]).

Bei einer anfänglichen Mehrheit von Schuldnern kömmt alles auf den Willen der Constituenten an. Nach unserer Ansicht müßte jedoch auch hier im Zweifel die angeführte Regel gelten. Andernfalls würde der Gläubiger, der durch die Erfüllung der in conditione befindlichen Leistung z. B. das ganze Eigenthum an einem Grundstücke erlangen soll, sofern er auf diese Erfüllung zu klagen nicht vermag, durch eine blos theilweise Erfüllung zu einer Eigenthumsgemeinschaft gezwungen, die schwerlich in seiner Absicht liegt. Er will vielmehr, nach der natürlichsten Auffassung, entweder das ganze Eigenthum an jenem Grundstücke, oder aber gar nichts davon, statt dessen vielmehr die ganze Straffumme.

Dies führt uns weiter zu folgender Betrachtung. Wenn der einzelne von mehreren Schuldnern den auf ihn fallenden Theil der in conditione befindlichen Leistung erfüllt hat, wegen mangelnder Erfüllung vonseiten eines Mitschuldners aber dennoch die Strafe in solidum verfällt: so kann jener erstere Schuldner das von ihm conditionis implendae gratia Gegebene vom Gläubiger condiciren[7]).

---

[6]) Diejenigen, welche in der Stipulation: Titium heredemque ejus ratum habiturum? — der l. 4. §. 1. D. de V. O. eine Stipulation mit certa poena erblicken, haben in den Schlußworten jener Stelle einen ausdrücklichen Quellenbeleg hierfür, der uns abgeht. (Vgl. Beilage II. sub III. zu Note 37). A. M. Molinaeus, l. c. Pars II. Nris. 564 sqq.

[7]) Chesius. c. l. Nro. 108. de Scheurl, c. l. p. 82.

Und zwar, da er ob caussam futuram honestam gegeben hat, nämlich um seiner Liberirung willen, diese caussa jedoch nicht eingetreten ist, mit der condictio ob caussam dati, caussa non secuta [8]). Einen directen Quellenbeleg hierfür wüßte ich freilich nicht beizubringen. Doch erhellt es wohl genugsam arg. l. 26. §. 13. D. de cond. ind. 12, 6. Diese Stelle nämlich legt demjenigen eine condictio bei, der eine Quote eines alternativ geschuldeten Gegenstandes geleistet hat, sofern er dadurch zu dieser Quote endgültig nicht liberirt wird. Statt der condictio kann er sich, wenn er auf seinen Theil der Strafsumme verklagt wird, natürlich auch der doli exceptio bedienen, um die Restitution seiner erfolglosen Leistung zu erzwingen [9]).

Von selbst versteht es sich übrigens, daß jene condictio in dem uns angehenden Falle einer theilbaren Bedingung nur dann statthaben kann, wenn die Strafe das Interesse vertritt, — nicht auch, wenn der Inhalt der Bedingung neben der Strafe eingeklagt werden darf. Hier würde ja auch der einzelne Schuldner rücksichtlich der Obligation auf den Inhalt der Bedingung durch die Leistung zu seinem Theile liberirt sein.

Wie es, bei einer theilbaren Bedingung, für den Fall mehrerer Gläubiger gehalten werden solle, sagen, unseres Wissens, die Quellen nicht. Nach dem Formalismus des Rechtes würden wir jedoch annehmen, daß sowohl im Falle einer ursprünglichen als einer durch Erbgang herbeigeführten Mehrheit von Gläubigern die Strafe stets in solidum verfalle, sobald auch nur ein Theil der Bedingung unerfüllt geblieben ist. Jedoch würde der Klage desjenigen Gläubigers, dem zu seinem Theile die in conditione befindliche Leistung erfüllt ist, die doli exceptio dann entgegenstehen, wenn die Strafe das Interesse vertritt [10]). Ist sie dagegen reine Strafe, so, meinen wir, würde jeder einzelne, auch der zu seinem Theile durch die in conditione befindliche Leistung befriedigte, Gläubiger die auf ihn fallende Quote der Strafsumme wirksam einklagen dürfen. —

Es ist nun für den regelmäßigen Fall der Conventionalstrafe noch etwas über den Regreß zu sagen, den der einzelne von mehreren Schuldnern gegen denjenigen Mitschuldner hat, welcher die Veranlassung zum Verfallen der gemeinsamen Strafe geworden ist. — Be-

---

8) Chesius, l. c. vgl. l. 1. §. 1. l. 14. D. de cond. c. d. c. n. s. 12, 4. von Scheurl, l. c. scheint an eine indebiti condictio zu denken. — Vgl. auch l. 2. §. 1. i. f. D. de V. O. 45, 1.

9) de Scheurl, l. c. p. 82.

10) A. M. scheint Schirmer, Judicialstipp. S. 188 zu Note 1.

steht die in conditione befindliche Leistung in einem non facere, mag dies an sich untheilbar sein, oder mag es sich wenigstens nicht nach Schuldquoten unter die mehreren Schuldner theilen, — so gilt für den Regreß genau dasselbe, was wir oben in §. 14. bei obligationes in non faciendo bemerkt haben. D. h. regelmäßig bewirkt der Regreß, daß die ganze Wirkung der eingetretenen Bedingung auf denjenigen Schuldner zusammentreffe, der ihren Verfall veranlaßt hat[11]). Die Regreßklagen sind entweder die actio familiae erciscundae und resp. die Klage aus der bei der Erbauseinandersetzung zum Zwecke des demnächstigen Regresses geleisteten Caution, oder bei vorhandener Societät, die actio pro socio. Von dem Dasein der allgemeinen Voraussetzungen dieser Klagen hängt es also immer erst ab, ob überhaupt ein Regreß stattfinde. — Besteht dagegen die in conditione befindliche Leistung in einer positiven Vornahme, so ist weiter zu unterscheiden, ob dieselbe theilbar oder untheilbar sei. Im letztern Falle kann der einzelne Schuldner selber seiner Verbindlichkeit zur Abwendung des Eintritts der Bedingung stets nur dadurch nachkommen, daß er jene in conditione befindliche Leistung in solidum vornimmt. Ist dies nicht geschehen, und verfällt demnach die Strafe: so kann von einem Regreß überhaupt nicht die Rede sein. Ist es aber geschehen, und damit die Strafe abgewandt: so kann von den Mitschuldnern nichts Anderes, als ein verhältnißmäßiger Erfolg des Aufwandes zu jener Leistung, verlangt werden. Die Regreßklagen sind die genannten und die actio negotiorum gestorum contraria[12]). Ist aber die in conditione befindliche Leistung theilbar, so kann auch dann ein Regreß stattfinden, wenn der einzelne nur seinen Antheil an jener Leistung erfüllt hat. Die Rechtsmittel hierzu sind bald die actio familiae erciscundae oder die Klage aus der Caution, bald die actio pro socio. Von der negotiorum gestorum actio kann in diesem Falle selbstverständlich nicht die Rede sein. Der Zweck jener Regreßklagen geht aber nur dahin, den einzelnen Schuldner, der seines theiles den Eintritt der Bedingung abzuwenden gesucht hat, schadlos dagegen zu halten, daß dieselbe dennoch eingetreten ist. Eben deshalb wird der Regreßpflichtige, je nach der Sachlage, entweder die Cession der vorhin erwähnten condictio ob caussam dati auf den geleisteten

---

11) l. 85. §. 3. D. de V. O. 45, 1.

12) Vgl. l. 31. §. 7. D. de neg. gest. 3, 5. Auch l. 19. §. 2. D. comm. div. 10, 3. S. Brinkmann, a. a. O. S. 151 f. vgl. S. 144.

Theil der in conditione befindlichen Prästation fordern, oder aber den Werthbetrag dessen absetzen dürfen, was der Regredient, sei es mittels dieser Condiction, sei es mittels der doli exceptio, sei es in Güte, vom gemeinsamen Gläubiger bereits zurückempfangen hat: Gegenansprüche, die gegenüber den actiones familiae erciscundae und pro socio ipso jure, gegenüber der Klage aus der Caution per exceptionem geltend zu machen sind [13]).

Die bisherige Darstellung behandelt die Regel der Conventionalstrafen. Jetzt fragt sich, ob Ausnahmen davon vorkommen.

Man könnte zunächst eine solche erblicken wollen in l. 9. §. 1. D. si quis cautt. 2, 11. (Ulpian. lib. 77. ad edict.)

> Si plurium servorum nomine, judicii sistendi caussa, una stipulatione promittatur: poenam quidem integram committi, licet unus status non sit, Labeo ait, quia verum sit, omnes statos non esse. verum si pro rata unius offeratur poena, exceptione doli usurum eum, qui ex hac stipulatione convenitur [13a]).

Hier, könnte man sagen, wird, dem Erfolge nach, ein nur theilweises Verfallen der Strafe ausgesprochen, wenn das in conditione befindliche theilbare facere nur zum Theile vorgenommen ist. Also werden jene vorhin angeführten Stellen, die hinsichtlich des Verfallens der ganzen Strafe die theilweise Abwendung der Bedingung deren völligem Eintritte gleichachten, lediglich von solchen Bedingungen verstanden werden müssen, welche durch ein dare abzuwenden sind [14]).

Allein jene Stellen bieten in der That durchaus keinen Anhaltspunct für eine solche Unterscheidung der in conditione befindlichen Leistungen nach dare und facere. Vielmehr darf man von vornherein die ganz allgemein gehaltene Aeußerung des l. 5. §. 4. D. de V. O. cit. über die in conditione befindliche Leistung, einem Schiedsspruche nachzukommen, ebenso wohl auf ein solches arbitrium beziehen, welches zu einem facere, als auf ein solches, welches zu einem dare

---

13) Molinaeus, l. c. Pars I. Nr. 27. (p. 105) spricht, gestützt auf l. 7. D. commod. 13, 6. dem einzelnen Erben, der wegen der Handlung des andern pro rata poenae belangt wird, auch die Möglichkeit zu, sich dadurch zu befreien, daß er den Kläger, unter Gewährleistung des Erfolges zu dieser Quote, an jenen coheres damnifex verweiset. Dies hängt zusammen mit seiner in Note 3 angeführten Ansicht. S. Giphan. lect. Altorph. ad l. 2. h. t. Nr. 88.

13a) Vgl. auch l. 4. D. in jus vocati ut eant. 2, 6. (Ulp. lib. 58. ad edict.)

14) Dies scheint z. B. die Meinung des Cujacius. Comm. ad. l. 2 sqq. D. de V. O. 45, 1. v. Solum poenam committere.]

verurtheilt. — Weiter läßt sich gar nicht sagen, daß die Sistirung mehrerer Sclaven eine theilbare Handlung sei, d. h. in unserm Sinne eine Handlung, die durch Sistirung eines Sclaven zu einer Quote erfüllt werde. Möglicherweise hat in Wahrheit der Gläubiger an der Sistirung der einzelnen Sclaven ein sehr verschiedenes Interesse. Der Grund für die Theilung der Strafsumme im Falle der l. 9. §. 1. cit. dürfte vielmehr darin zu finden sein, daß hier, obwohl formell nur Eine Obligation vorliegt, in der That so viele verschiedene cautiones judicii sisti vorhanden sind, als Sclaven zu stellen waren. Es ist also materiell die Sache so zu betrachten, als wäre für den Fall der Nichtsistirung eines jeden Sclaven auch nur ein verhältnißmäßiger Theil der ganzen Strafsumme versprochen[15]).

Eine wirkliche Ausnahme dagegen von unsrer Regel behandelt der berühmte §. Cato der l. 4. D. de V. O. (Paullus lib. 12. ad Sabinum.)

Von jeher haben die Interpreten sich an dieser Stelle abgemühet; und eine große Anzahl Lesarten bietet Zeugniß dafür, wie wenig man mit dem ursprünglichen Texte fertig zu werden gewußt hat.

Wir haben es indessen für das Gerathenste gehalten, die Menge der alten Erklärungsversuche auf sich beruhen zu lassen und in möglichster Kürze unsre eigne Auffassung vorzutragen, indem wir die Angabe der uns bekannt gewordenen, sowie die Rechtfertigung der von uns aufgenommenen Lesarten, nebst einzelnen Erläuterungen der l. 4. §. 1. kurzum in die Beilage II. verweisen.

Vielleicht am deutlichsten wird unsre eigne Ansicht, wenn wir ihrer Darlegung eine den Worten angepaßte Uebersetzung des §. Cato in Verbindung mit dem von uns angenommenen Originaltexte desselben vorausschicken.

Cato libro 15. scribit, poena certae pecuniae promissa, si quid aliter factum sit,	Cato schreibt im 15. Buche, daß, wenn eine bestimmte Geldsumme als Strafe für den Fall einer vertragswidrigen Vornahme versprochen sei,

15) Vgl. dagegen die gezwungene Erklärung bei Donell. ad l. 5. §. 4. D. de V. O. Nr. 3, oder bei Giphan. Lect. Altorph. ad h. l. Nris 76. 77. p. 791 sqq. — Die Blüthenlese älterer Erklärungen, vierzehn an der Zahl, und seine eigne als die fünfzehnte s. bei Molinaeus, l. c. P. II. Nris 539—572. Die solutio sexta das. Nr. 546. (Vgl. Nros 547 sqq.), welche einem Petrus Pertinax zugeschrieben wird, scheint ungefähr mit unsrer Erklärung zu stimmen.

mortuo promissore,	und [dann], nach dem Tode des
si ex pluribus heredibus unus contra quam cautum sit, fecerit:	Promissor, einer der mehreren Erben desselben gegen die Abrede handle,
aut ab omnibus heredibus poenam committi pro portione hereditaria, aut ab uno pro portione sua.	die Strafe entweder von allen Erben nach Verhältniß ihrer Erbtheile verwirkt werde, oder von [diesem] einen nach Verhältniß seines Erbtheiles.
Ab omnibus, si id factum, de quo cautum est, individuum sit: veluti iter fieri vel non fieri:	Von allen, wenn die Vornahme, auf welche sich jene Abrede bezieht, untheilbar sei, z. B. die Ausübung einer Wegegerechtigkeit zu gestatten, oder eine solche beruhen zu lassen:
quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videretur.	weil eine Vornahme, die sich [unter die einzelnen Erben] nicht theilt, gewissermaßen als von ihnen allen vorgenommen gelten müsse.
At si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat,	Wenn sich aber die Abrede beziehe auf eine Vornahme, die sich [unter die einzelnen Erben] theile, z. B.
veluti amplius non agi: tum eum heredem, qui adversus ea fecit, pro portione sua solum poenam committere.	amplius non agi: so verwirke allein derjenige Erbe, welcher dem zuwidergehandelt hat, nach Verhältniß seines Erbtheils die Strafe.
Differentiae hanc esse rationem, quod in priore casu omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari non poterit,	Der Grund dieser Verschiedenheit liege darin, daß es im erstern Falle so aufzufassen ist, als hätten sie alle begangen, was nur in ungetheilter Beziehung[16] zu begehen überhaupt möglich ist, [gerade] wie
ut in illa stipulatione, per te non fieri neque per heredem tuum, quominus mihi ire agere liceat. Sed videamus, ne non idem hic sit, sed magis idem,	bei der vorhin[17] besprochenen Stipulation: per te non fieri neque per heredem tuum, quominus mihi ire agere liceat[18]. Dagegen dürfte es ersichtlich sein, daß

16) d. h. ohne Rücksicht auf die Erbtheile.

17) l. 2. §. 5. vgl. l. 3. §. 1. D. eod. 45, 1.

18) welche Stipulation also ohne beigefügtes Poenalversprechen zu denken ist.

quod in illa stipulatione, Titium heredemque ejus ratum habiturum?

hier[19]) nicht dasselbe statthat, vielmehr dasjenige, was statthat bei bei der Stipulation: Titium heredemque ejus ratum habiturum.

Nam hac stipulatione et solus tenebitur, qui non habuerit ratum, et solus aget, a quo fuerit petitum.

Denn aus der letztgedachten Stipulation[20]) haftet einerseits blos derjenige, der nicht ratihabirt hat, und kann anderseits nur derjenige klagen, von dem die Forderung beigetrieben worden ist.

idque et Marcello videtur; quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest.

Und dies ist auch die Meinung des Marcellus. Der dominus selber übrigens kömmt damit nicht ab, daß er nur theilweise ratihabirt.

Paullus hat bei seiner Erörterung der untheilbaren Stipulationen auf facere zunächst solche Stipulationen behandelt, kraft deren ein Thun oder ein Unterlassen schlechthin, ohne hinzugefügte poena, versprochen ist. l. 2. §. 5. Und zwar ist zuerst die Rede gewesen von dem Falle, da auf schuldnerischer Seite eine Mehrheit von Erben auftritt. Sodann wird der Fall erwogen, da diese Mehrheit aufseiten des Gläubigers erscheint. Und hierbei schon zieht der Jurist einen Vergleich zwischen jener einfachen Form der Stipulation und der Form mit hinzugefügter poena. l. 2. §. 6. Der Grund des Unterschiedes, der im Falle mehrerer Erben des Gläubigers zwischen diesen beiden Formen stattfindet, wird uns in einem eingeschobenen Fragmente Ulpians in l. 3. §. 1. angegeben. Ob Paullus selber über diesen Grund weggegangen war, oder ob seine Aeußerung über denselben aus irgend einer uns unbekannten Ursache von den Compilatoren weggelassen worden ist, das wissen wir freilich nicht. Soviel jedoch steht immerhin fest, daß Paullus nach jenem Vergleiche der Stipulation ohne poena und derjenigen mit poena für den Fall mehrerer Erben des Gläubigers nun im §. Cato auf die Stipulation mit poena zu reden kömmt auch für den Fall mehrerer Erben des Schuldners. Und zwar um für diesen Fall etwas von der allgemeinen Regel Abweichendes anzuführen. Paullus nennt dabei als Gewährsmann den alten Juristen Cato[21]), der

[19]) im andern Falle, d. h. bei der Stipulation: amplius non agi.

[20]) d. h. der Stipulation: Titium etc. ratum habiturum.

[21]) Es ist nach ziemlich feststehender Meinung der jüngere M. Porcius

wahrscheinlich zuerst den Unterschied bemerkt hatte, auf welchen es hier ankömmt.

Für den Fall mehrerer Erben des Promissor nämlich will Cato bei den Stipulationen auf eine certa poena pecuniaria, deren Verfall durch ein facere bedingt ist, zwei Classen unterscheiden. Der Unterschied in der rechtlichen Wirkung dieser beiden Classen soll nun darin liegen, daß bei der einen, ganz der bisher besprochenen Regel gemäß, wenn auch nur einer der mehreren Erben vertragswidrig handelt, die ganze Strafe, für jeden einzelnen Erben pro portione hereditaria, verfällt; — bei der andern Classe dagegen eben nur der eine Erbe, welcher vertragswidrig handelt, und auch dieser nur zu seinem Erbtheile, die Strafe verwirkt. Der Unterschied in den thatsächlichen Voraussetzungen beider Classen, wird in den ausdrücklichen Worten unserer Stelle einigermaßen kurz bezeichnet. Soviel jedoch ist zweifellos, daß dieser Unterschied beruht in der verschiedenen Beziehung, welche das in conditione befindliche facere kraft seiner Theilbarkeit oder Untheilbarkeit auf jeden einzelnen Erben wie auf die Gesammtheit der Erben hat.

Man möchte nun zunächst daran denken, daß jener Unterschied sich ganz einfach danach bestimme, ob das in conditione befindliche facere allgemein theilbar oder aber untheilbar sei. Ein Mehreres scheint auch in den Worten, welche das Princip des Gegensatzes angeben, auf den ersten Blick nicht enthalten zu sein. Auf der einen Seite wird gesprochen von einem facere, das in partes dividi non potest, individuum est; — auf der andern Seite von einem solchen, quod divisionem recipit.

Allein, wenn wir dabei stehen bleiben, so dürfte es schwer sein, einen zutreffenden Grund auszufinden, weshalb in der fraglichen Rücksicht ein Unterschied gemacht werde zwischen einem in conditione befindlichen theilbaren dare und einem derartigen facere.

Man hat wohl gesagt, gegenüber der principiellen Verpflichtung zu einem dare werde die poena geschuldet „propter moram et dilationem", also als eigentliche Strafe; gegenüber der principalen Verpflichtung zu einem facere dagegen erscheine die poena als gewillkürter Anschlag des Interesse und verfalle deshalb, wenigstens

---

Cato, der Sohn des Cato Censorius aus erster Ehe mit der Licinia. S. Huschke, Pomponius über die Aelier und die Catonen rc. (Zeitschrift für histor. Rechtswissensch. Bd. 15. S. 177 ff.) S. 182. 185. Sanio, zur Geschichte der Röm. Rechtswissenschaft. S. 28 f.

dem Erfolge nach, nur soweit, als dies Interesse es erfordere [22]). Gewiß aber bedarf diese, auf ganz willkürliche Prämissen gebaute, Erklärung keiner Widerlegung. Und ebenso wenig diejenige, bei welcher sogar Cujacius sich beruhigt: bei einem in conditione befindlichen dare nämlich habe der Gläubiger ein Interesse daran, daß ihm nicht per partes geleistet werde, weil eine solche Leistung nicht unerhebliche Nachtheile mit sich zu bringen pflege, was sich bei stipulationes faciendi anders verhalten könne [23]).

Andere haben deshalb jenen Unterschied zwischen den conditiones dandi und den conditiones faciendi ganz weggeleugnet und behauptet, der blos theilweise Verfall der poena bei theilweiser Erfüllung der in conditione befindlichen Leistung vonseiten eines der mehreren Erben des Schuldners hänge lediglich davon ab, daß in der Stipulation der Erben ausdrücklich Erwähnung geschehen sei; — sonst verfalle die poena stets ganz [24]). Jedoch auch dies ist ohne jeden Anhaltspunct in den Quellen [25]).

Am meisten Schein der Wahrheit hat jedenfalls noch die feindurchdachte Erklärung Donells [26]), die neuerdings von Scheurl im wesentlichen wiedergebracht hat [27]). Auch sie verläßt den Gegensatz

---

22) indem eine doli exceptio der Einklagung der, ipso jure zwar in solidum verwirkten, Strafsumme rücksichtlich des plus entgegenstehe. — S. z. B. Chesius, l. c. Nro. 108, auch Retes, l. c. praelud. tertium. §§. 16—18. (c. l. p. 614 sq.)

23) Cujac. ad l. 2 sqq. D. de V. O. v. Solum poenam committere.] Giphan. lect. Altorph. ad l. 5. D. de V. O. Nris. 68. 69. p. 779. (verdruckt 774.) sq. vgl. Nr. 74. p. 782, wo er freilich der Wahrheit schon näher kömmt. Scipio Gentilis, l. c. cap. XI. p. 132.

24) Z. B. Eguin. Baro ad l. 4. §. 1. cit. v. Sed videamus.] p. 163. und ad l. 5. §. ult. eod. v. Sine injuria.] l. c. p. 167. Er beruft sich dafür auf l. 56. D. de conditt. et demonstr. 35, 1. und l. 12. D. de usur. 22, 1.

In andrer Weise argumentirt Ant. Faber, conject. lib. 3. c. 7. Nris. 5 und 6. mit diesem Unterschiede. Nach ihm soll, falls ein untheilbares facere sich in conditione befindet, das ausdrücklich in Bezug zu der Person des Promissor erscheint, z. B. per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat —, das Zuwiderhandeln eines einzelnen schuldnerischen Erben die übrigen nur dann zu ihren Theilen der Strafe verpflichten, wenn in der Fassung der Bedingung ausdrücklich auch auf die Erben Bezug genommen ist.

25) Vgl. dawider z. B. Donell. ad l. 5. §. ult. D. de V. O. Nr. 3.

26) l. c. (vorige Note.) — So schon Benedictus de Plumbino (und Thomas Doctius Senensis) bei Molinäus, l. c. P. III. Nris 370—378.

27) l. c. p. 80 sqq.

der conditiones dandi einer- und der conditiones faciendi anderseits. Es kömmt nach ihr vielmehr darauf an, ob die Bedingung negativ oder positiv gestellt sei. Im erstern Falle, wo also die poena versprochen ist, si quid factum vel datum non sit: müsse dieselbe stets in solidum verwirkt werden, sobald nur ein Theil der Leistung cessire, durch deren Vornahme die Bedingung abgewandt werde. Denn, solange diese Leistung nicht ganz geschehen sei, bleibe es wahr: factum vel datum non esse; und somit sei die Bedingung völlig eingetreten. Im andern Falle dagegen, wo die poena versprochen ist, si quid factum sit —, könne, die Theilbarkeit dieses in conditione befindlichen facere vorausgesetzt, der einzelne von mehreren Erben recht wohl die blos theilweise Existenz der Bedingung herbeiführen, wenn nur er das untersagte facere begehe. Denn alsdann müsse man in der That sagen: pro parte tantum factum esse [28]). Anders sei es freilich auch hier für den Promissor selber. Wenn dieser auch nur zum geringsten Theile die verpönte Handlung vornehme, so sei die ganze Bedingung eingetreten. Denn es sei schon dann durchaus wahr: eum fecisse contra, quam cautum est.

Auch diese Erklärung aber müssen wir für verfehlt halten. Es ist wahr, daß mancher Satz in der Lehre der obligationes stricti juris nur zu begreifen ist, wenn man von der interpretatio stricta der alten Römer ausgeht. Allein diese stricta interpretatio ist keineswegs für schlechthin gleichbedeutend zu erachten mit jeder Spitzfindigkeit, die nur immer einer haarspaltenden Wortklauberei zu entspringen vermag. Wir müßten uns in der That auch sehr irren, wenn nicht die eben mitgetheilte Erklärung, wie sie ist, sich selber die Spitze abbräche.

Nehmen wir zunächst einmal an, der strenge Wortsinn ergäbe es wirklich, daß die negativ gefaßte Bedingung stets nur ganz existent werden könnte, die positiv gefaßte Bedingung dagegen auch zum Theil. Wie reimt es sich denn hiermit, daß für den Promissor selber, auch

---

[28]) Diese letztere Begründung spricht freilich Donell nicht aus. Er sagt vom fraglichen Falle nur: — nihil prohibet, quominus unus ex pluribus heredibus quid faciat pro parte sua, alter non faciat, id est, quominus unus committat adversus se stipulationem, alter non committat. Aber ohne unsre Begründung scheint es uns wenigstens ganz unmöglich, von den Vordersätzen Donells aus, zu jener Behauptung zu gelangen.

Vgl. übrigens gegen Donell auch Giphan. Lect. Altorph. ad l. 5. D. h. t. Nro. 73. p. 782.

wenn er nur theilweis contra quam cautum sit gehandelt hat, dennoch stets die Bedingung der poena in solidum eingetreten sein soll? Entweder müste dann das Versprechen der Strafe hinsichtlich des ursprünglichen Schuldners eine ganz andere Bedeutung haben, als hinsichtlich seiner Erben: und das dürfte schwer zu erweisen sein; — oder aber die strictissima interpretatio der Bedingung selbst, ihre eigentlichste und buchstäblichste Auslegung, müste doch immer noch so unglaublich ungenau sein, daß sie bei derselben Obligation, je nachdem diese gegen den Erblasser oder gegen die Erben wirkte, in der uns angehenden Rücksicht die gerade entgegengesetzte Bedeutung lieferte! gegen den Erblasser interpretirt würde die Bedingung untheilbar sein, gegen die Erben theilbar!

Weiter aber ist jene Unterscheidung der positiven und der negativen Bedingungen nicht einmal mit dem Wortlaute der Stipulationen in Einklang zu setzen, mag man nun bei positiven Bedingungen die Fassung annehmen: si adversus id factum sit [29]), — oder eine Fassung, in welcher die untersagte Vornahme geradezu aufgeführt ist. — Oder ließe sich wirklich sagen, die Bedingung der Stipulation:

> Spondesne amplius eo nomine non agi [30]), et si adversus id factum erit, decem dari?

sei nach dem Wortlaute selber nur zu einem Theile existent, wenn einer von mehreren Erben des Promissor nur zu seinem Theile die verbotene Klage angestellt hat? — Und wäre es aus dem Wortverstande zu folgern, daß zwar bei der Stipulation:

> Spondesne, fundum Cornelianum Titio non dari, et si datus erit, mihi centum dari?

die Bedingung nur zum Theil eintreten soll, wenn einer der mehreren Erben des Promissor seinen Erbtheil am fundus Cornelianus dem Titius übertragen hat; daß dagegen bei der Stipulation:

> Spondesne, fundum Cornelianum dari, et si datus non erit, centum dari?

die Bedingung stets ganz und gar eintrete, sobald nur der geringste Theil des fundus nicht gegeben worden ist? — Wenn aus dem Wortlaute der beiden letzten Stipulationen überhaupt ein Gegensatz

---

29) §. 7. J. de V. O. 3, 15. l. 71. l. 137. §. 7. vgl. l. 85. §. 3. l. 122. §. 6. D. eod. 45, 1 u. s. w.

30) oder gar: amplius neminem acturum esse. S. l. 23. D. rat. rem. 46, 8. Vgl. Beilage I. Note 7.

für die Erfüllbarkeit ihrer Bedingungen herzuleiten wäre, so, meinen wir, müste man nach jener Wortlogik sagen, die positive Bedingung: si fundus datus erit — kann erst dann überhaupt als existent gelten, wenn das ganze Eigenthum am fundus übertragen worden ist. Eher würde man ja nicht sagen können: fundus datus est [30a]). Während also bei der negativ bedingten Stipulation eine blos theilweise Leistung des in conditione Versprochenen denselben Erfolg hat, wie eine völlige Nichtleistung: würde umgekehrt bei der positiv bedingten Stipulation die blos theilweise Vornahme der verpönten Handlung denselben Erfolg haben, wie ihre völlige Unterlassung. Und welch' widersinniges, quellenwidriges Ergebniß würde das sein!

Ein wenig anders hat von Scheurl seine Deduction formulirt [31]). Nach ihm hängt die Möglichkeit eines theilweisen Vorfalls der Stipulation nicht sowohl von der Theilbarkeit der Handlung ab, durch welche dieser Vorfall abgewandt wird, als vielmehr von der Theilbarkeit derjenigen Vornahme, infolge deren die Stipulation, rupta ejus fide, verfällt. Ist nun aber eine positive Leistung versprochen, so verfällt die Stipulation infolge einer Unterlassung. Eine Unterlassung aber ist an sich etwas Untheilbares, einerlei ob sie sich auf eine theilbare oder auf eine untheilbare Leistung bezieht. Ist dagegen eine Unterlassung versprochen, so verfällt die Stipulation infolge einer Vornahme. Hier kömmt also alles darauf an, daß diese Vornahme theilbar sei. Freilich nur, wenn auf schuldnerischer Seite mehrere Erben vorhanden sind; der Promissor selber verwirkt auch bei blos theilweiser Vornahme der verbotenen Handlung die ganze Stipulation, weil er auch damit schon die fides stipulationis gebrochen hat.

So hat von Scheurl zwar unsern ersten Einwand gegen die Erklärung Donells vermieden. Im übrigen aber scheint uns seine ganze Entwickelung nichts Anderes zu sein als eine petitio principii. Weshalb ist denn eine Unterlassung stets untheilbar? Wie rechtfertigt es sich, daß z. B. die Tradition nicht zum Theil unterbleiben kann?

30a) Vgl. auch l. 56. §. 2. D. de evict. 21, 2.

31) Er spricht freilich ausdrücklich nur von unbedingten Stipulationen. — — p. 81. alin. Jam vero]. Aber seine Deduction muß nach p. 80 alin. Secunda exceptio] und p. 82 alin. Cui hoc] nothwendig auch von unsern Poenalstipulationen verstanden werden.

Doch nicht damit, daß non amplius traditionem omittit, qui nihil, quam qui minimam rei partem non tradit — ?! [32])

Endlich entscheidet gleichmäßig gegen Donellus wie gegen von Scheurl folgende Erwägung. Nach ihnen soll der Erbe, welcher durch die theilweise Vornahme der verpönten Handlung den theilweisen Verfall der versprochenen Strafe veranlaßt, von der Strafsumme stets nur seinen Erbantheil zu leisten schuldig werden. Und weshalb? „Quia solus fecerit; et tenebitur pro portione tantum hereditaria, quia solum pro parte heres sit" [33]). Setzen wir nun die Stipulation:

Spondesne, neque per te neque per heredem tuum

---

[32]) Was von Scheurl weiter hinzufügt, das möge statt aller Widerlegung, in wörtlicher Uebersetzung hier folgen:

„Wem dies allzu spitzfindig scheint, der erwäge Folgendes. Bei einer Stipulation, welche auf ein positives facere gerichtet ist, hat es dieselbe Wirkung, wenn auch nur einer mit der schuldigen Vornahme ausbleibt, als wenn gar nichts geleistet worden wäre. Diejenigen nämlich, welche ihre Antheile an jenem facere geleistet haben, werden, wenn wegen der Nichtleistung eines einzelnen die Stipulation verfällt, so betrachtet, als hätten sie indebite geleistet, so daß sie eine condictio incerti anstellen oder auch den Gläubiger, der ihre Strafantheile einklagen will, mit der doli exceptio zurückschlagen können, wenn er [das von ihnen Geleistete] nicht zurückgiebt. Dies folgt theils aus der Analogie der Stipulationen auf ein Alternativum und ein Genus, welche mit den stipulationes facti in der Beziehung gleichartig sind, (quae cum facti stipulationibus ejusdem generis sunt atque eae, in quibus nisi totum praestatur etc.) daß der Stipulation nur Genüge geschieht, wenn das Ganze geleistet wird; theils daraus, daß bezeugt wird — l. 85. §. 6. D. de V. O. —, es helfe bei jenen Stipulationen den einzelnen nichts ihre Antheile zu leisten, falls auch nur einer damit ausbleibe. Denn hierin liegt ausgesprochen, daß sie durch eine solche [theilweise] Leistung nicht liberirt werden: eine Leistung aber, welche die Aufhebung der Schuld nicht zur Folge hat, gilt als indebite geschehen. — Arg. l. 26. §. 13. a. A. D. de cond. ind. — Wenn dagegen jemand verspricht, ein theilbares facere zu unterlassen, so hat es eine ganz andre Wirkung, wenn einer seiner Erben, als wenn sie alle gegen das Versprechen handeln. Es ist daher durchaus der Billigkeit angemessen, daß dort die Strafe stets in solidum, hier nur zum Theil verwirkt werde."

[33]) Donell. l. c. — v. Scheurl spricht zwar, wo er das theilweise Zuwiderhandeln eines von mehreren Erben allgemein erwähnt, ausdrücklich von einem committere pro sua tantum parte und dergl. (p. 80. alin. Secunda exceptio] p. 83 oben); das specielle Beispiel aber der untersagten vindicatio fundi, welches er aufstellt (p. 82 oben), beweiset wohl zur Genüge, daß er solche Fälle wenigstens nicht ausscheidet, in denen der einzelne Erbe imstande sein kann, die verpönte Handlung weit ultra portionem hereditariam vorzunehmen.

fieri, quominus mihi fundum Cornelianum habere liceat; et si adversus id factum erit, centum dari? [34])

Der Promissor hat drei Erben zu gleichen Theilen hinterlassen; einer derselben ist Eigenthümer des fundus Cornelianus pro parte dimidia. Er vindicirt jetzt seine Hälfte —; und da soll nur er, und nur zu einem Drittel der poena haften, quia solus vindicaverit et pro parte tantum tertia heres sit? Oder wäre das evincere per vindicationem in solchem Falle ex stricta stipulationis interpretatione untheilbar?! Und wie, wenn jenem einzelnen Erben das ganze Eigenthum am fundus Cornelianus zustände, und er dieses ganze Eigenthum mittels der rei vindicatio geltend machte?! Hat in solchen Fällen der zuwiderhandelnde Erbe etwa ultra partem hereditariam, nach Verhältniß der von ihm verübten Verletzung, für die Strafsumme einzustehen [34a])? — Dafür mangelt jeglicher Quellenbeweis. Vielmehr haftet der einzelne Erbe, auch wenn er die Pflicht zu einer untheilbaren Unterlassung gebrochen hat, dem Gläubiger selber nie weiter als pro parte hereditaria der poena.

Nun also! Hier würde offenbar der Gläubiger verkürzt werden, wenn er die Strafe nur von dem vertragswidrig handelnden Erben einklagen dürfte. Denn dieser haftet dem Gläubiger nicht über seinen Erbtheil der Strafe. Es bleibt also keine andere Entscheidung übrig, als daß in solchem Falle auch die andern Erben haften. Und zwar jeder einzelne für seinen Theil der ganzen Strafsumme. Denn von einem Abmessen dieser Summe nach dem Verhältnisse der Verletzung sagen uns die Quellen nichts; ein solches Abmessen würde vielmehr dem ganzen Wesen bedingter Stipulationen auf ein certum widersprechen.

Die bloße Theilbarkeit der verpönten Handlung kann es also nicht sein, wonach die ausschließliche Haftung des einzelnen vertragswidrig handelnden Erben pro portione hereditaria sich bestimmt.

Und damit wären wir denn bei der nämlichen Betrachtung

---

34) Daß die Evictionsleistung recht wohl sub certa poena versprochen werden konnte, darf schwerlich bezweifelt werden. S. auch l. 38. §. 2. D. de V. O. 45, 1.

34a) Dies behauptet Molinäus, für den Fall, da die Strafe das Interesse vertritt, unbedingt, und für den Fall, wo sie neben dem Interesse gefordert werden kann, wenigstens dann, wenn der Gläubiger eine theilweise Erfüllung der principalen Obligation angenommen hat. Pars III. Nris 456. 459 sqq. p. 265 sqq.

angelangt, die wir früher in §. 14. bei Gelegenheit der einfachen Stipulation auf ein non facere angestellt haben. Auch diese Stipulationen erscheinen der Sache nach als bedingte Obligationen auf das Interesse. Auch bei ihnen kann eine Theilung des verbotenen facere in der Art eintreten, daß nur der zuwiderhandelnde Erbe zur Leistung des Interesse verpflichtet wird. Aber der Eintritt einer solchen Theilung ist keineswegs schon dadurch geboten, daß das untersagte facere an sich theilbar ist. Es kömmt vielmehr darauf an, daß die Möglichkeit desselben pro portione hereditaria auf den einzelnen Erben sich beschränkt. Und dies muß auch in unserm Falle das Maßgebende sein, in welchem nicht das Interesse, sondern eine certa poena verfällt.

Kehren wir nunmehr zu den Worten des §. Cato zurück. Daß dieselben zu unserer Unterscheidung aufs beste passen, wird nicht geleugnet werden können. Id, quod divisionem recipit — mit Bezug auf mehrere Erben gesagt, wird vielmehr gewiß am natürlichsten so verstanden, daß nicht blos irgend eine Theilung eintreten könne, sondern daß eine Theilung unter den einzelnen Erben stattfinde. Eine Theilung aber, die unter den Erben als solchen stattfindet, muß doch wohl eine Theilung nach Erbquoten sein! — Das Beispiel, welches für ein solches facere, quod divisionem recipit, angeführt wird, bestätigt vollends unsern Satz. Es ist unser wohlbekanntes amplius non agi (das wir auf obligatorische Klagen zu beziehen haben). Und im Gegensatz zu dem divisionem recipere in diesem Sinne bedeutet ein factum individuum, factum, quod in partes dividi non potest, nicht blos ein an sich untheilbares factum, wie das Beispiel: iter fieri ein solches allerdings giebt, — sondern überhaupt ein factum, das, mag es nun übrigens theilbar oder untheilbar sein, wenigstens nicht nach Erbquoten unter die Erben des Schuldners sich vertheilt[34b]). I n s o l i d u m p e c c a r i aber heist nicht sowohl: im

34b) Aehnlich heißt es in l. 139. D. h. t.: venditio, cujus i n d i v i s a natura est. Es wird gewiß niemanden einfallen zu behaupten, die obligatio venditi sei u n t h e i l b a r. Die Aeußerung des V e n u l e j u s kann mithin schlechterdings nur so verstanden werden, daß im concreten Falle die aus der obligatio venditi entspringende Verpflichtung zur Evictionsleistung sich nicht nach Erbquoten des verkauften Gegenstandes auf die Erben des Verkäufers vertheilt habe. Davon unten §. 19 g. E.

S. auch B r i s s o n. de V. S. ad v. individuum. Ed. Hein. Nr. 2. — l. 32. §. 6. D. de adm. et per. tut. 26, 7. l. 3. Cod. in quib. c. cessat long. temp. 7, 34. auch l. 46. §. 1. D. de adm. tut. 26, 7.

höchst möglichen Umfange, als vielmehr: in ungetheilter Beziehung, d. h. ohne Rücksicht auf den besondern Erbtheil des einzelnen Erben[34c]).

Es läst sich demnach Folgendes behaupten. Der Unterschied, welchen der §. Cato aufstellt für Stipulationen einer certa poena pecuniaria, die durch ein facere bedingt sind, beruht darauf:

ob die Möglichkeit des verpönten facere mit Nothwendigkeit unter die einzelnen Erben sich nach Erbquoten theile;

oder aber

ob die Möglichkeit jenes facere sich nicht nach Erbquoten unter die einzelnen Erben theile,

sei es nun, daß dasselbe überhaupt untheilbar ist,

sei es, daß es zwar an sich theilbar ist, aber seine Möglichkeit doch nicht nach Erbquoten unter die einzelnen Erben sich theilt.

Und nunmehr scheint es auch nicht schwer, zu zeigen, weshalb eine Bedingung der erstern Classe unter die mehreren Erben des Promissor sich derart theilt, daß sie für jeden einzelnen Erben zu seinem Erbtheile selbständig wirkt, während der Promissor selber freilich auch bei der geringsten vertragswidrigen Vornahme die ausbedungene Strafe in solidum verwirkt.

Als oberster Grundsatz für bedingte Stipulationen muß es allerdings gelten, daß die Bedingung, selbst wo ihr Inhalt an sich eine Theilung zuließe, in ihrer Beziehung auf das Verfallen der Obligation als untheilbar erscheint. Bei stipulirten Conventionalstrafen insbesondere wird diese Regel in der Weise wirksam, daß schon bei der allergeringsten Verletzung der principalen Verpflichtung die Bedingung als in solidum existent erscheint, und demnach die Strafe in solidum verfällt. Selbst in der Ausnahme, die wir bereits kennen gelernt haben, bestätigt sich diese Regel, sofern jene Ausnahme nur im materiellen Erfolge eintritt, während der Formalismus ihrer Geltendmachung gerade eine Anerkennung der Regel ausdrückt[35]). Aber auch dem materiellen Erfolge nach bleibt die Regel stets in Kraft, wo der Promissor selber die in conditione verbotene theilbare Vornahme, wennschon nur zu einem Theile, sich hat zuschulden kommen lassen.

34c) Vgl. Interest enim stipulatoris, a nemine prohiberi — in l. 3. §. 1. i. f. D. de V. O.

35) l. 2. §. 6. D. de V. O. S. oben S. 117.

Infolge des Erbgangs theilt sich jede theilbare Obligation unter die mehreren Erben. Und zwar, soweit das möglich ist, so, daß eine jede Theilobligation der andern gegenüber durchaus selbständig erscheint. Auf passiver Seite findet diese Möglichkeit ihre Grenzen in dem Satze, daß die rechtliche Lage des Gläubigers durch die Beerbung des Schuldners nicht ungünstiger werden soll.

Eben dieser Satz wird nun auch bei Conventionalstrafstipulationen ausgesprochen als der Grund, weshalb die Bedingung, die durch die Unterlassung einer an sich durchaus theilbaren Leistung eintritt, unter die Erben des Schuldners sich nicht theile: nec enim aliud in his stipulationibus sine injuria stipulatoris constitui potest [36]). Und das begreift sich sehr gut nach dem, was wir vorhin über die Untheilbarkeit der Bedingung in Beziehung auf das Verfallen der Obligation bemerkt haben. Denn, obschon wir es nach der Beerbung des Schuldners mit ebenso vielen einzelnen Obligationen zu thun haben, als Erben da sind [37]): so ist doch die Theilbarkeit der Bedingung an sich noch kein Grund, auch diese Bedingung, die in Beziehung auf das Verfallen der ursprünglichen Obligation untheilbar war, nunmehr nach den Erbquoten unter die einzelnen Erben zu zerlegen. Es ist hier allerdings dem einzelnen Erben die Möglichkeit gegeben, im Verein mit den übrigen Erben durch quotenweise Erfüllung der in conditione versprochenen Leistung den Eintritt der Bedingung abzuwenden. Aber zwischen dieser Möglichkeit und der Erbquote des einzelnen Erben findet gar keine innere und nothwendige Beziehung statt.

Wohl dagegen tritt eine solche Beziehung in denjenigen Fällen heraus, in welchen die verpönte Handlung, deren Vornahme den Inhalt der Bedingung ausmacht, dem einzelnen Erben überhaupt nur pro portione hereditaria möglich ist. Hier ist der Inhalt der Bedingung nicht blos an sich t h e i l b a r, sondern er ist wirklich und nothwendig nach Erbquoten g e t h e i l t.

Wo aber eine solche Theilung des Inhalts der Bedingung mit rechtlicher Nothwendigkeit durch den Erbgang geboten ist: da kann es keine Verkürzung des Gläubigers sein, daß sie rechtlich anerkannt wird. Es muß demnach in solchen Fällen die Theilung der Obligation sich auf Strafe und Strafbedingung durchgreifend erstrecken, so daß nach

[36]) l. 5. §. 4. cit. i. f. D. de V. O.

[37]) l. 25. §. 13. D. fam. ercisc. 10, 2.

der allgemeinen Regel der Theilobligationen jede derselben ihr von dem der übrigen Theile völlig gesondertes Schicksal hat.

Und nunmehr dürfte es endlich der Ort sein, die Frage zu erledigen: ob die im §. Cato besprochene Theilung der Bedingung unter die mehreren Erben des promissor poenae nur dann statthat, wenn diese Bedingung die Vornahme einer positiven Handlung ist; oder aber auch dann, wenn sie besteht in dem Ausbleiben eines versprochenen dare oder facere? Die Antwort ist im Princip ganz einfach. Es kömmt durchaus nichts an auf die allgemeine Form der in conditione versprochenen Leistung, sondern nur darauf, ob die Erfüllung der Bedingung, d. h. die Verletzung des in conditione gegebenen Versprechens, sich mit Nothwendigkeit pro portionibus hereditariis unter die einzelnen Erben vertheilt [37a]).

Die Anwendung aber jenes Princips ist zwar bei Bedingungen, in denen ein dare versprochen, gleichfalls nicht schwierig: hier wird die Erfüllung der Bedingung, das non dare, allerdings oft nur pro portionibus hereditariis möglich sein, namentlich da, wo in conditione die Uebertragung des Eigenthums an einer Erbschaftssache versprochen ist; aber niemals ist jene Vertheilung von dauernder Nothwendigkeit.

Nicht so kurzhin dagegen läßt sich die Anwendung unseres Principes beurtheilen bei Bedingungen, die bei dem Ausbleiben eines positiven facere existent werden. — Wir haben im §. 14. die Voraussetzungen deducirt für die Verpflichtung zu einem non facere, deren Verletzung den Erben des ursprünglichen Schuldners nur pro partibus hereditariis möglich sein soll. Die gleiche Deduction werden wir auch für die entsprechende Verpflichtung zu einem facere anwenden dürfen. Es muß danach die Möglichkeit dieses facere abhangen von der Eigenschaft, Gläubiger einer theilbaren Obligation zu sein. Ein positives facere aber, dessen Vornahme bedingt ist durch die Eigenschaft Gläubiger zu sein, kann nur bestehen entweder im Erlasse der Schuldforderung, namentlich also in der Acceptilation; oder in der Uebertragung der Geltendmachung des Forderungsrechtes, also in der Cession.

37a) So stellt auch Molinäus alles auf die Theilbarkeit der Bedingung, nicht darauf ob sie affirmativ oder negativ gefaßt ist, in dando oder in faciendo besteht. l. c. Pars I. (§. Et harum.) Nris 50 sqq. (p. 108.) P. III. Nris 379 sqq. (p. 255 sqq.)

Wir müsten mithin als Beispiele theilbarer Bedingungen, die in non faciendo eintreten, hinstellen die Bedingung:

si acceptum non tuleris —

und die Bedingung:

si actionem non mandaveris.

Ob freilich der Fall praktisch jemals vorgekommen ist, daß jemand seinem Schuldner die Acceptilation sub certa poena versprochen hat: das wollen wir dahingestellt sein lassen. Der Fall der andern Bedingung dagegen dürfte nicht ohne praktische Bedeutung sein, sofern z. B. ein Mandatar dem Mandanten die Herausgabe alles dessen verspricht, was er infolge des Mandates erlangt haben würde, insbesondere auch die Cession erworbener Forderungsrechte.

Für das heutige Recht hat nun die Ausbildung des Institutes der Cession ohne Frage dahin geführt, daß der Cessionar die ihm cedirte Forderung weiter cediren kann[38]). Und somit würde im heutigen Rechte die Möglichkeit, ein Forderungsrecht auf eine bestimmte Person zu übertragen, keineswegs mehr mit Nothwendigkeit an die Gläubigerschaft gebunden erscheinen. Wie weit aber die beliebige Weiterbegebung einer Forderung, und unter welchen besonderen Voraussetzungen sie schon im spätern classischen Rechte statthaft gewesen ist: das wollen wir hier nicht untersuchen[38a]).

Gleichermaßen dürfte es allbereits für das justinianeische Recht mindestens ungewiß sein, ob nicht wenigstens ein Procurator in rem suam die ihm cedirte Forderung direct, d. h. ohne vorgängige Novation, durch Acceptilation aufzuheben vermöge[39]), und ob nicht insofern also die ursprüngliche Gläubigerschaft eine nothwendige Voraussetzung für die Acceptilation zu sein aufgehört habe. Indessen müssen

---

38) S. z. B. Arndts, Pand. §. 256.

38a) Vgl. Bethmann-Hollweg, Versuche. S. 162 f. Note 42. Mühlenbruch, Cession. 3. Aufl. §. 7. sub 3. S. 54 f. — Rudorff, röm. Rechtsgesch. Bd. 2. §. 72. Note 9. l. 10. §. 15. D. de re jud. 42, 1. (Ulpian.) l. 7. Cod. de H. v. A. V. 4, 39. (Dioclet. et Maxim.) S. Mühlenbruch, a. a. O. §. 16. S. 189 ff.

Uebrigens war es etwas sehr Gewöhnliches, daß bei der Erbauseinandersetzung ein Erbe die Forderungsantheile der übrigen sich cediren ließ. S. z. B. l. 3. D. fam. ercisc. 10, 2. (Gajus.)

39) Vgl. l. 3. D. de accept. 46, 4. (Paullus.) deren ursprünglicher Sinn mir indessen ebenso zweifelhaft ist, als ihr gegenwärtiger. S. l. 22. l. 13. §. 10. eod. — v. Keller, Grundriß zu Vorlesungen über Institutionen und Antiquitäten rc. §. 197. S. 172.

wir uns hier auch rücksichtlich dieser Frage begnügen, sie angedeutet zu haben; für das heutige Recht dürfen wir sie gewiß unpraktisch nennen. Denn, selbst wenn wir die Quittung an die Stelle der Acceptilation zu setzen kein Bedenken tragen müsten und das Versprechen, bei Vermeidung einer Conventionalstrafe zu quittiren, für den Inhalt einer praktischen Obligation halten könnten: so würden wir doch gewiß behaupten dürfen, daß heutzutage jedenfalls auch ein procurator in rem suam gültig zu quittiren vermag.

Immerhin aber steht wohl so viel fest, daß im Beginne der classischen Periode der römischen Rechtswissenschaft die Möglichkeit der Acceptilation wie der Cession einer Obligation an deren ursprüngliche Gläubigerschaft gebunden gewesen ist; und daß demnach die Stipulation einer certa poena für die Unterlassung der einen wie der andern Leistung nach Strafe wie nach Bedingung unter die mehreren Erben des Promissor sich getheilt habe. — Ob schon Cato sich diese Verhältnisse klar gemacht habe, das vermögen wir natürlich nicht zu sagen: Doch scheint er wenigstens seine Behauptung von der Theilung der Bedingung so allgemein gefast zu haben, daß wir sie nicht blos auf ein non facere, sondern auch auf ein facere beziehen dürfen, welches in conditione versprochen ist. Er sagt nämlich nicht:

poena promissa, si quid adversus id factum sit —,

wie es allerdings auf ein zunächst versprochenes non facere beschränkt werden müste[40a]); — sondern:

si quid aliter factum sit, —

was wohl überhaupt von jeder Verletzung der ursprünglich zugesagten Leistung zu verstehen ist[40b]). —

Endlich bleibt noch eine Bemerkung übrig in Bezug auf das Verhältniß des §. Cato zu dem §. 4. der l. 5. ejusd. tit. cit. Die letztere Stelle erklärt schlechthin die Bedingung: si arbitrio judicis non parueris — für untheilbar. Nun aber kann die Sentenz des Schiedsrichters sehr wohl dahin gehen, daß der eine Theil gegen den andern nicht klagen solle[40]). Werden wir in diesem Falle also auch die Bedingung der poena: si amplius actum erit — für untheilbar zu erachten haben? Wir glauben, mit der allgemeinen Auffassung dies ganz bestimmt verneinen zu müssen. Die l. 5. §. 4. cit. steht dem

---

40a) S. oben Note 29.

40b) A. M. de Scheurl, l. c. p. 29. v. si quid aliter factum sit]. Auch Donell. ad h. §. Nr. 5.

40) S. z. B. l. 29. l. 37. D. de recept. qui arbitr. 4, 8.

gewiß nicht im Wege; sie drückt die durchgreifende Regel aus, ohne der Ausnahme zu gedenken. Möglich, daß Pomponius selber über letztere hinweggegangen ist; möglich auch, daß die Compilatoren weggelassen haben, was bei ihm darüber stehen mochte, und was ihnen nach dem unmittelbar vorher aufgenommenen §. Cato zu wiederholen überflüssig schien: die kurze Angabe der Regel beseitigt in keinem Falle das Dasein der Ausnahme[41]).

§. 18. 3. Auf quanti ea res erit.

Es werden in den Quellen mehrfach gewillkürte Stipulationen erwähnt, die auf quanti ea res erit abgestellt sind[1]). Das quanti ea res erit bedeutet wahrscheinlich auch hier, wie durchgehends bei den prätorischen Stipulationen, das Interesse; ganz sicher läßt sich dies jedoch aus den Ueberlieferungen nicht entscheiden[2]). — Bemerkungen römischer Juristen über die Theilung solcher Stipulationen sind, unseres Wissens, nicht erhalten.

Doch kann es nicht schwer sein, die Verhältnisse dieser Stipulationen rücksichtlich der Theilbarkeit und Theilung zu bestimmen.

Bezeichnete quanti ea res erit den Sachwerth, die vera aestimatio einer Leistung an sich genommen, so würden alle Erscheinungen sich wiederholen, welche wir im vorigen Paragraphen für die auf eine certa poena abgestellten Conventionalstipulationen kennen gelernt haben.

Bedeutet quanti ea res erit aber wirklich das Interesse, so würde zwar dem materiellen Erfolge nach ebenfalls das Gleiche gelten. Formell jedoch würde eine kleine Abweichung eintreten in dem Falle, da von mehreren Gläubigern nur einer durch eine Vertragswidrigkeit verletzt ist. Während nämlich die auf eine Vertragswidrig-

---

41) Donellus, ad h. l. Nr. 3. bemüht sich zu zeigen, daß die Worte des §. 4. cit. überhaupt nicht auf ein arbitrium zu beziehen seien, welches das amplius agi verböte. Es heiße: si unus paruerit etc. Das sei aber nur zu verstehen von einem positiven Gehorsam. Wer auch heute nicht klage, sei darum dem Verbote der Klage noch nicht nachgekommen: er könne ja immerhin noch morgen klagen. — Wie aber, wenn infolge der Sentenz, ne amplius agatur — der eine Erbe den Gegner durch Acceptilation befreiet hat?

1) l. 28. D. de recept. qui arbitr. 4, 8. l. 38. §§. 2. 13. D. de V. O. 45, 1. l. 5. Cod. de contr. stipulat. 8, 38. — S. Fr. Mommsen, Interesse §. 6. Note 23. S. 52. — Die Caution de evictione in l. 36. pr. D. de donatt. i. v. e. u. 24, 1. dagegen scheint mir eine cautio judicialis zu sein. l. 5. pr. D. de V. O. 45, 1.

2) S. Mommsen, a. a. O. — Auch v. Savigny, Syst. Bd. V. Beil. XII.

keit gesetzte certa poena, wie oben bemerkt, ipso jure für alle Gläubiger verfällt, kraft einer, den Ansprüchen der übrigen entgegenstehenden, doli exceptio aber nur vonseiten des wirklich verletzten Gläubigers eingeklagt werden kann[3]): ist bei einer auf das Interesse abgestellten Obligation natürlich schon ipso jure nur der verletzte Gläubiger zu klagen berechtigt.

§. 19. II. Nothwendige Stipulationen *).

Nach der Betrachtung derjenigen bedingten Stipulationen, welche aus freier Beliebung der Parteien hervorgegangen sind, bleibt uns noch übrig, mit Rücksicht auf ihre Theilbarkeit und Theilung auch solche bedingte Stipulationen zu untersuchen, die unter einer rechtlichen Nöthigung abgeschlossen werden.

Es gehören hierher die drei Kategorieen

1) der stipulationes praetoriae und aediliciae,
2) der stipulationes judiciales,
3) und der stipulationes communes tam praetoriae (oder aediliciae) quam judiciales[1]), —

sofern dieselben entweder eine bedingte Fassung haben, oder wenigstens materiell als bedingte Obligationen erscheinen.

Die auf uns gekommenen Nachrichten indessen über die einzelnen dieser Kategorieen sind gerade mit Rücksicht auf die Theilbarkeit der Stipulationen sehr ungleichmäßig. Ausdrücklich unterrichtet sind wir in dieser Beziehung nur hinsichtlich der prätorischen (und ädilicischen) Stipulationen. Doch dürfen wir wohl, was von diesen gesagt wird, auf die stipulationes communes, sofern dieselben von einem Richter auferlegt werden, ausdehnen. Es werden uns nämlich als Beispiele solcher Stipulationen genannt: die Stipulationen rem pupilli salvam fore, — rem ratam dominum habiturum, — und die stipulatio

---

3) l. 2. §. 6. l. 3. §. 1. D. de V. O. 45, 1.

*) Vgl. Wetzell, der römische Vindicationsproceß. §. 33. S. 260—270. Schirmer, Judicialstipulationen. IV. S. 183—200. — von Keller, röm. Civilpr. §. 77. — Rudorff, röm. Rechtsgesch. Bd. 2. §. 56.

1) S. l. 5. pr. D. de V. O. 45, 1. Tit. J. de divis. stipp. 3, 18. — Ueber das Verhältniß der hier gegebenen Eintheilung der Stipulationen überhaupt zu der Eintheilung der prätorischen Stipulationen in l. 1. pr. — §. 3. D. de praet. stipp. 46, 5. S. Schirmer, a. a. O. S. 2 f. Note 1. Rudorff, a. a. O. S. 188. Note 9.

duplae [2]); und nirgends ist auch nur angedeutet, daß in der Behandlung einer dieser Stipulationen ein Unterschied gemacht werde, je nachdem dieselbe von einem Jurisdictionsmagistrate oder aber von einem Privatrichter auferlegt worden sei. — Nicht ganz so gewiß sind wir darüber, ob wir die über die Theilung der prätorischen Stipulationen überlieferten Sätze in gleicher Weise auch auf die blos richterlichen Stipulationen zu beziehen berechtigt sind. Trotz der häufigen Erwähnung dieser Kategorie nothwendiger Stipulationen in den Quellen [3]) findet sich unseres Wissens keine Stelle, aus welcher eine solche Gleichstellung der stipulationes mere judiciales mit den praetoriae geschlossen werden müste. Doch wird diese Gleichstellung alsdann mindestens nicht unwahrscheinlich genannt werden dürfen, wenn wir sehen sollten, daß die Eigenthümlichkeiten, welche rücksichtlich der Theilung die prätorischen Stipulationen vor den gewillkürten Stipulationen gleicher Form auszeichnen, ihre Wurzel haben in dem Wesen der rechtlichen Nöthigung, worauf überstimmend sowohl die prätorischen als die richterlichen Stipulationen beruhen.

Nach diesen Bemerkungen lassen wir nun die stipulationes mere judiciales wie die stipulationes communes, sofern sie judiciales sind, außer Acht und reden im besondern ausschließlich von den bedingten prätorischen (oder ädilicischen) Stipulationen. Und zwar werden wir von diesen Stipulationen zunächst diejenigen betrachten, welche die Bedingung schon in ihrer Fassung enthalten.

Die Leistung, worauf diese Stipulationen verfallen, ist stets baares Geld. Der Regel nach gehen sie indessen nicht auf eine certa pecunia, sondern auf eine von vornherein unbestimmt gelassene Summe, welche das Einfache oder ein Mehrfaches [4]) des quanti ea res erit

---

2) §. 4. J. de div. stipp. 3, 18. und Theophil. ad h. l. l. 5. pr. cit. de V. O. i. f.

Vgl. etwa l. 3. Cod. de tut., qui satis n. d. 5, 42. — S. auch v. Keller, a. a. O. Note 902 und Schrader ad §. 4. J. cit.

l. 36. pr. D. de donatt. i. v. e. u. 24, 1.

3) S. die Zusammenstellungen bei Schrader ad §. 1. J. de div. stipp. 3, 18. vv. de dolo cautio] de persequendo] restituendove], v. Keller, a. a. O. Note 900. Rudorff, a. a. O. §. 77 Note 22 f. — S. auch Beilage I. Note 4 u. s. w.

4) So bei der stipulatio dupli, tripli, quadrupli. S. l. 56. pr. D. de evict. 21, 2. (Die beiden letzten Fälle gehören so gut, wie die Fälle, in denen die edictsmäßige Fassung der Stipulation mit derjenigen auf eine certa summa vertauscht wird, zu den nothwendigen Stipulationen.) Das simplum ist hier

bildet. Quanti ea res erit aber bedeutet hier in den meisten Fällen das Interesse[5]), nur ausnahmsweise eine objectiv bestimmte Summe[6]).

Nicht selten wurde freilich statt des quanti ea res erit, wie es im Edicte proponirt war, eine certa summa in die Stipulation gesetzt[7]). Unzweifelhafte Nachrichten über die Theilung haben wir jedoch nur für den regelmäßigen Fall, da die Stipulationen nach dem Edicte auf quanti ea res erit lauten. Und diesem Falle werden wir daher vorzüglich unsere Aufmerksamkeit zuwenden.

Der Gegenstand der Leistung, auf welche unsere Stipulationen verfallen, baares Geld, bietet augenscheinlich für die Theilbarkeit nichts Besonderes dar. In diesem Gegenstande kann also der Grund nicht liegen, weshalb die prätorischen Stipulationen auf quanti ea res erit rücksichtlich der Theilung ihr Eigenthümliches zeigen.

Man hat nun wohl angenommen, sie seien Poenalstipulationen, und auf dieser ihrer Eigenschaft beruhe jene Eigenthümlichkeit, die nach dem §. Cato von den prätorischen auf die conventionalen Poenalstipulationen in einzelnen Fällen erst ausgedehnt worden sei. Das Wesen aber jener Eigenthümlichkeit findet man darin, daß in solchen Fällen, in denen die Uebertretung des in conditione gegebenen Verbotes durch einen der mehreren Erben des Promissor die Wirkung, deren Ausschließung ursprünglich beabsichtigt worden, blos zum Theil

---

der Kaufpreis. l. 48. l. 64. pr. §. 1. sqq. eod. Es wird aber nicht die bestimmte Summe des Kaufpreises in die Formel der Stipulation gesetzt; sonst würde von einer Theilung der für den Fall der Eviction versprochenen Summe bei theilweiser Eviction schwerlich die Rede sein (vgl. auch l. 56. §. 2. D. de evict. 21, 2.). Hiermit stimmen auch die meisten Restitutionsversuche der stip. duplae. S. z. B. Cujac. Tract. VI. ad African. ad l. 24. de evict. Ramos del Manzano. l. c. cap. VI. §. III. (Meerm. Thes. VII. p. 177.) Glück, Comment. Bd. 20. S. 290 f. Note 45 u. s. w. — Noodt ad h. tit. Dig. (Opp. Tom. 2. Lugd. Bat. 1724. fol. p. 401) liest: — tum duplam mihi recte praestari pp. spondes?

5) l. 2. §. 2. i. f. l. 11. D. de praet. stipp. 46, 5. S. Fr. Mommsen, Interesse. §. 6. Note 20 ff. S. 51 f.

6) So bei der stip. duplae die Summe des Kaufpreises; s. Note 4. Auch bei der cautio, quanto amplius quam ex lege Falcidia etc. bezeichnet quanti ea res erit wohl den bestimmten Betrag jenes plus. Vgl. l. 2. D. h. t. 35, 3. — Vgl. auch l. 21. §. 7. D. de O. N. N. 39, 1. S. Gieß. Zeitschr. N. F. Bd. 18. S. 114.

7) Vgl. l. 11. D. de praet. stipp. 46, 5. l. 8. §. 2. D. rat. rem. 46, 8. §. 7. J. de V. O. 3, 15. S. oben §. 13. Note 1. — Vgl. auch Gieß. Ztschr. a. a. O. S. 106 ff. S. 111 f. Note 16.

im Gefolge habe, erstens die versprochene Strafe nur verhältnißmäßig nach der Höhe der verursachten Beschädigung verfalle, und zweitens regelmäßig dieser verfallene Theil der Strafsumme nur von dem Uebertreter, nicht auch von seinen Miterben, geleistet werden müsse[8]). — Allein, abgesehen von anderm, was sich dagegen einwenden ließe[8a]), ist hierwider mit Nachdruck zu bemerken, daß unsere prätorischen Stipulationen keinesweges durchgängig Poenalstipulationen sind, noch weniger aber Stipulationen, kraft deren das Versprechen eines non facere gesichert werden soll[8b]). Es finden sich unter unsern Stipulationen allerdings auch derartige Poenalversprechen; außerdem aber eine Menge andrer Stipulationen, die überhaupt nun und nimmermehr als Poenalversprechen gelten können, z. B. die cautio damni infecti, die stipulatio, quanto amplius, quam ex lege Falcidia licuit, legati nomine quis ceperit, reddi. Die Cautionen, evicta hereditate legata reddi, — deficiente conditione institutionis hereditatem substituto reddi, — u. s. w.[9]) Der allgemeine Charakter unserer Stipulationen ist demnach nur derjenige bedingter Stipulationen überhaupt.

Worin besteht denn nun aber ihre Eigenthümlichkeit rücksichtlich der Theilung? — Wir wollen darauf nicht sogleich aus den Quellen die Antwort geben. Denn diese Antwort der Quellen müsten wir ja doch erst weitläufig interpretiren, ehe sie zum genügenden Verständnisse gelangte. Und hierzu giebt es vielleicht einen einfachern und sicherer führenden Weg.

---

[8]) S. Schirmer, a. a. O. S. 187 ff. namentlich S. 189 ff.

[8a]) Vgl. z. B. Beilage I. Note 1. und die letzte Hälfte des §. 17. S. 129 ff.

[8b]) de Scheurl, l. c. p. 83 sq. findet das Eigenthümliche der prätorischen Stipulationen eben darin, daß sie sich auch dann unter die Erben des Promissor theilen, wenn sie auf ein theilbares facere gerichtet sind, was bei Conventionalstrafen nicht der Fall sei.

[9]) Schon für Stipulationen, wie die cautio rem ratam dominum habiturum paßt der Ausdruck: Poenalstipulation schlecht, da die Bedingung hier nicht in einer Pflichtwidrigkeit des Promissor, sondern in der Handlung eines Dritten besteht. Doch gebrauchen die Quellen den Ausdruck poena auch wohl für solche Fälle. S. z. B. l. 38. §. 2. D. de V. O. 45, 1. §. 21. J. de inutil. stipp. 3, 19. — Allein man kann hier noch immer nicht davon reden, daß der Promissor oder seine Erben das in conditione gegebene Versprechen übertreten. — Zudem wird poena regelmäßig nur von einer certa pecunia promissa gesagt. §. 21. J. cit. l. 38. §. 2. cit. l. 68. D. de V. O. 45, 1. l. 3. D. si quis in jus voc. 2, 5. l. 5. §. 1. l. 9. §. 1. D. si quis cautt. 2, 11 u. s. w. vgl. jedoch auch l. 15. D. de transact. 2, 15 verbunden mit pr. J. de V. O. 3, 15.

Wenn es wahr ist, daß die prätorischen Stipulationen zu den kunstreichsten Erzeugnissen eines zur höchsten Entwickelung entfalteten Rechtslebens gehören, — wenn ihre besondere Bestimmung darin besteht, einem ausgebildeten Billigkeitsgefühle entsprechend allerlei Mängel und Unvollkommenheiten des Rechtsverkehres, namentlich des gerichtlichen Verfahrens, nach verschiedenen Seiten hin abzuhelfen [10]), wenn endlich ausdrücklich dem Jurisdictionsmagistrate, der unsre Stipulationen proponirt, die Befugniß beigelegt wird, ihren Inhalt und ihre rechtliche Wirksamkeit zu bestimmen und zu interpretiren [11]); wenn dem allen so ist: so läßt sich mit Sicherheit erwarten, daß keine allgemeine Vorschrift über die prätorischen Stipulationen auf zufälliger Willkür beruhe; vielmehr dürfen wir annehmen, daß ein jeder einschlagende Satz, obschon vielleicht von der Regel des gewöhnlichen Rechtes abweichend, geboten erscheine durch die Natur der Verhältnisse, zu deren Normirung jene Stipulationen dienen sollen. Eben hierauf beruht der principielle Unterschied zwischen den gewillkürten und den prätorischen Stipulationen.

> Conventionales sunt, quae ex conventione reorum fiunt, quarum totidem genera sunt, quot (paene dixerim) rerum contrahendarum; nam et ob ipsam verborum obligationem fiunt et pendent ex negotio contracto [12]); — in conventionalibus stipulationibus contractui formam contrahentes dant [13]).

Von den prätorischen Stipulationen dagegen heißt es:

> tales stipulationes propter rem ipsam dantur [14]).

---

10) S. Keller, a. a. O. und §. 22 sub II. S. 85. — Rudorff, a. a. O.

11) S. l. 52. pr. D. de V. O. 45, 1. l. 9. D. h. t. 46, 5. — Wenn Rubo, a. a. O. S. 169 unten — meint, eine solche interpretatio, dem strengen Rechte entgegengesetzt, könne nur ex aequo et bono sein, — so ist das allerdings eine richtige Bemerkung, die aber solange nutzlos bleibt, bis wir das bestimmende Gesetz des bonum et aequum für die concreten Verhältnisse gefunden haben. Verkehrt ist es namentlich, wenn er aus jener Bemerkung die Gleichstellung der prätorischen Stipulationen mit obligationes bonae fidei folgert. Vgl. hierüber Huschke, Gajus. S. 227 ff.

12) l. 5. pr. med. D. de V. O. 45, 1.

13) l. 52. pr. eod.

14) l. 10. §. 2. med. si quis cautt. 2, 11. — Anderweite Anwendungen dieses Princips s. z. B. in l. 1. l. 2. D. jud. solvi. 46, 7. l. 4. §. 4. §. 6. D. rem. pup. 46, 6. l. 12. §. 2. i. f. D. rat. rem. 46, 8. l. 10. §. 1. D. si quis cautt. 2, 11. — Den richtigen Grundgedanken hat Molinaeus, l. c. insbesondere P. II. Nr. 452, 453. p. 181.

Sie haben keine Bedeutung an und für sich: ihre ganze Bedeutung empfangen sie durch die Verhältnisse, welche die Voraussetzungen für ihre zwangsweise Eingehung ausmachen. Dieser materielle Zweck, für den sie hervorgerufen sind, giebt auch für ihr ganzes weiteres Wesen die leitenden Gedanken.

Ist nun der Versuch nicht allzu unbescheiden, diese leitenden Gedanken rücksichtlich der Theilung der prätorischen Stipulationen, gleich dem römischen Prätor und dessen Consilium, selber auffinden zu wollen, so möchten wir danach etwa zu folgendem Ergebnisse gelangen.

Die Theilung einer an sich theilbaren Conventionalstipulation unter mehrere Subjecte auf der einen oder der andern Seite der Obligation geschieht, wo sie überhaupt stattfindet, regelmäßig nach Quoten[14a]), und zwar in der Weise und mit den Modificationen, welche wir im Laufe dieser Abhandlung haben kennen lernen. Die Größe dieser Quoten bestimmt sich, wie der gesammte Inhalt der gewillkürten Stipulationen, zunächst nach dem Willen der handelnden Personen; — also da, wo die Mehrheit von Subjecten schon bei der Begründung der Obligation auftritt, nach dem Willen der die Stipulation eingehenden Parteien; da, wo die Mehrheit von Subjecten durch Erbgang gegeben wird, nach der Größe ihrer Erbtheile, deren Festsetzung in dem Willen des Erblassers ruht. Erst in zweiter Reihe, d. h. da, wo ein zunächst maßgebender Wille der handelnden Personen sich nicht geäußert hat, bestimmt das, diesen Willen ergänzende, Recht die Concurrenzquoten, indem es im erstern Falle eine Concurrenz zu durchaus gleichen Theilen vorschreibt, im andern eine Concurrenz nach denjenigen Erbquoten, nach welchen kraft gesetzlicher Vorschrift die Erbfolge sich regelt. — Es leuchtet ein, wie dies ganze Recht der Theilung gewillkürter Stipulationen auf der Voraussetzung beruht, daß der Gegenstand jener Stipulationen selber einer, wenigstens in gewissen Schranken, willkürlichen Verfügung der handelnden Personen unterliege, und namentlich, abgesehen von den vorhin angegebenen Schranken, rechtlich durchaus unabhängig sei von den übrigen ökonomischen Verhältnissen der Subjecte.

Das gerade Gegentheil hiervon müssen wir, nach dem oben Gesagten, bei unsern prätorischen Stipulationen finden. Sie erscheinen durchaus gebunden an diejenigen ökonomischen Verhältnisse der Par-

---

[14a]) Eine Ausnahme hiervon machen eigentlich nur gewillkürte Stipulationen auf quanti ea res erit, das Interesse, für die gläubigerische Seite.

teien, welche den Zwang zu ihrer Eingehung bedingen. Eben deshalb aber kann die Concurrenz mehrerer Subjecte bei ihnen sich nicht mit Nothwendigkeit nach Quoten bestimmen, sondern allein nach dem Maße, in welchem jene, die Eingehung und die Bedeutung der einzelnen Stipulation bedingenden, Verhältnisse sich unter den mehreren Subjecten vertheilt finden. Es kann freilich sein, daß jene Verhältnisse sich in der That nach Quoten unter den mehreren Subjecten vertheilt finden, und dann muß sich natürlich auch die Concurrenz in der prätorischen Stipulation selber nach den gleichen Quoten reguliren. Z. B. wenn ein gefahrdrohendes Haus im Miteigenthume steht, so muß jeder der mehreren Eigenthümer pro parte dominica die cautio damni infecti übernehmen[14b]). Aber eine solche quotenweise Vertheilung der eine prätorische Stipulation hervorrufenden Verhältnisse erscheint im allgemeinen als etwas ganz Zufälliges und Unwesentliches, das sich übrigens auch völlig der oben aufgestellten Regel über die Concurrenz an einer solchen Stipulation unterordnet, so daß wir bei der Formulirung dieser Regel darauf gar keine besondere Rücksicht zu nehmen brauchen. — Gilt nun diese Regel für die ursprüngliche Concurrenz mehrerer Subjecte einer prätorischen Stipulation, so gilt sie nicht minder da, wo eine solche Concurrenz erst durch Erbgang vermittelt ist. Auch hier bestimmt sich die Concurrenz durchaus nicht nach dem Verhältnisse der Erbquoten, sondern nach dem Verhältnisse, worin die Thatsachen, welche die Voraussetzungen für die Eingehung der Stipulationen gebildet haben, unter den einzelnen Erben vertheilt erscheinen. Dieses Verhältniß kann freilich, vorübergehend und auch dauernd, genau das Verhältniß der Erbquoten sein; allein auch hier ist eine solche Vertheilung durchaus unwesentlich. Es kann vielmehr vorkommen, daß jene Voraussetzungen bei dem einen der Erben gar nicht, bei einem andern in einem seine Erbquote weit übertreffenden Maße vorhanden sind. Und alsdann muß die rechtliche Lage der einzelnen Erben eine durchaus verschiedene und von ihren Erbquoten unabhängige werden. Die Obligation eines jeden muß sich vielmehr gerade so bestimmen, als wäre die ererbte Stipulation erst für ihn begründet. Diese letztere scheint also in mehrere von einander völlig unabhängige Stücke zerspalten zu sein, die nicht einmal durch das miterbschaftliche

---

14b) l. 27. l. 40. §. 3. l. 43. §. 1. D. de damn. inf. 39, 2. l. 10. l. 20. §. 2. D. de interr. in jure. 11, 1. l. 6. §. 7. D. comm. div. 10, 3. l. 40. D. de neg. gest. 3, 5.

Verhältniß ihrer Subjecte zu einander in praktischen Bezug gesetzt sind.

Das etwa wäre unser, gleichsam a priori aufgestelltes, Raisonnement. Sehen wir nun, ob wir damit die quellenmäßig bezeugte Meinung des Prätors und seiner Juristen getroffen haben. Wir stellen zu diesem Zwecke diejenigen Quellenaussprüche zusammen, welche besonders deutlich eine solche, im Vergleich zu den gewillkürten Stipulationen unregelmäßige, Concurrenz mehrerer Subjecte behandeln.

l. 2. cit. §. 2. D. de praet. stipp. 46, 5. (Paullus lib. 73. ad edictum.)

> Incertam quantitatem continet stipulatio judicatum solvi et rem ratam dominum habiturum et damni infecti et his similes, in quibus respondetur, scindi eas in personas heredum. Quamvis possit dici ex persona heredum promissoris, non posse descendentem a defuncto stipulationem diversam conditionem cujusque facere. At in contrarium summa ratione fit, ut uno ex heredibus stipulatoris vincente in partem ejus committatur stipulatio; hoc enim facere verba stipulationis: Quanti ea res erit. Sed si unus ex heredibus promissoris totam rem possideat, in solidum eum condemnandum Julianus scribit. In quantum autem ipse ea stipulatione, vel fidejussores, an omnino teneantur, dubitari potest. et videndum ait, ne non committatur. Sed si lite contestata possessor decesserit: unum ex heredibus non majore ex parte damnandum, licet totum fundum possideat, quam ex qua heres est.

l. 32. §. 2. D. ad leg. Falcidiam. 35, 2. (Maecian. lib. 9. fideicommissorum.)

> Julianus scribit, si utriusque heredis pars exhausta est legatis, et alter ex heredibus cautionem praetoriam accepit a legatariis, non aequaliter, sed pro suo modo legis Falcidiae rationem et actionem ex stipulatu habiturum. omnes enim praetoriae stipulationes ejusdem interpretationis esse. nam constare, ex judicatum solvi stipulatione, sive a parte actoris sive a rei plures heredes exstitissent, non omnibus, nec adversus omnes actionem contingere, sed duntaxat his, qui vicissent, et

adversus victos; hisque, adversus quos res defensa non esset, adversus eos, qui rem non defendissent.

l. 11. §. 6. eod. Papinianus lib. 29. quaestionum.) Si filio suo duos substituerit, et alterius portionem oneraverit: tractari solet, an ex persona sua Falcidiam possit inducere substitutus, quam pupillus non haberet, vel unus pupilli substitutus? Et facile quis dixerit consequenter prioribus, quae de patrimonii ratione dicta sunt[15]), non esse Falcidiae locum: et ultra vires portionis conveniendum alterum substitutum. Sed verior est diversa sententia, perinde huic quartam relinquendam existimantium, atque si ita[15a]) patri heres exstitisset. ut enim opes patris et contributio legatorum inde capiunt et formam et originem, ita plures substituti, subducta persona pupilli, revocandi sunt ad intellectum institutionis. Quid tamen dicemus de altero substituto, qui non est oneratus: si forte nondum legata pupillus a se relicta solvit, et aliquid ultra dodrantem sit in omnibus[15b]), et ipsum Falcidiam habiturum? Atquin quartam habet, neque idem patiatur instituti comparatio. rursus si negemus, aliud aperte, quam quod vulgo probatum est, respondetur. Itaque varietas exsistet: ut is quidem, qui proprio nomine oneratus est, velut institutus desideret quartam; alter autem, qui non est oneratus, ut substitutus, licet portio largiatur ejus, non in solidum conveniatur propter calculi confusionem. Huic consequens est, ut si pupillo de Falcidia cautum fuit, duobus committatur stipulatio: videlicet in eam quantitatem, quam unusquisque sibi retinere potuisset.

15) nämlich in §. 5. ejusd. leg.

15a) So die Handschriften und Ausgaben, welche das si bald folgen, bald vorangehen lassen. Herb. Pernice, Comment. jur. Rom. duae, Hal. 1855. p. 49. Note 55. p. 54 billigt die letztere Lesart. Huschke, die Prästation der Legate in Doppeltestamenten (Gieß. Zeitschr. N. F. Bd. 6. S. 408) schlägt vor statt ita zu lesen institutus, was v. Vangerow am Note 18 a. O. S. 239. Note 38 billigt.

15b) Ueber die Interpunction s. v. Vangerow a. a. O. S. 243. Note 43. Pernice, l. c. p. 49. Note 56.

l. 1. §. 3. D. si cui plus, quam per leg. Falcid. 35, 3. (Ulpian. lib. 79. ad edict.)

> Marcellus ait: Qui 400 in bonis habebat, impuberem filium heredem instituit, eique substituit Titium et Sejum; nihil a pupillo testator legavit, sed a Titio 300: utrum 200 (inquit) praestabuntur, an 150? nam 300 nullo modo eum praestare. Mihi videtur verius, non amplius eum parte sua erogare compelli; certe nec minus. secundum quod eveniret, ut non soli committatur stipulatio, sed omnibus heredibus interponenda est, sed caussa cognita. pp. [16]).

l. 51. D. de adm. et per. tut. 26, 7. (Venulejus lib. 6. stipulationum.)

> Si duo pluresve tutores tutelam administrent, in fidejussorem quidem in solidum per quemlibet eorum committitur stipulatio. at si inter eos divisa sit tutela regionibus, quod plerumque fit, et alius urbica negotia, alius peregrina administraret: tunc ex substantia cujusque rei aut committi stipulationem aut non committi dicemus: nam licet omnes tutores sint, et tutelam gerant, tamen, quum quis de ea re, quae extra suam regionem erit, experiri vel ad judicium vocari coeperit, perinde non committitur stipulatio, atque si ei administratio tutelae permissa non esset. quantum enim facit in totum denegata, tantundem valet, si in ea re, de qua agitur, denegata sit.

Wenn uns nicht alles trügt, so finden sich in diesen Stellen unsre Postulate sowohl im Principe als in einzelnen Anwendungen als praktisches Recht der Römer bezeugt.

---

16) Vgl. auch l. 80. pr. D. ad leg. Falcid. 35, 2. (Gajus.) — Wir sind begreiflicherweise hier außerstande, auf eine weitläufige Interpretation dieser Stellen einzugehen und verweisen deshalb auf v. Vangerow, von der Berechnung der Quart bei Legaten aus Doppeltestamenten. (Arch. für civil. Prax. Bd. 36. S. 219 ff. S. 309 ff. Bd. 37. S. 327 ff.) S. 238—258, mit dessen Entwickelung wir im wesentlichen übereinstimmen. S. auch Pernice, l. c. §. 11 p. 110 sqq.

Ueber unsre von der herrschenden abweichende Lesart vgl. v. Vangerow S. 249 f. Note 51 und Pernice p. 112 sq. Note 125, an welchem letztern Orte nach einer Mittheilung v. Kellers noch die Veränderung vorgeschlagen wird: sed omnibus heredibus interponenda esset causa cognita.

Betrachten wir zuerst das Verhältniß mehrerer Subjecte auf gläubigerischer Seite einer prätorischen Stipulation, wie es hier geschildert ist; und zwar zunächst für den Fall, da jene Mehrheit von Anfang an vorhanden. Uns ist dafür das Beispiel der cautio, quanto amplius, quam per legem Falcidiam licuit etc., in mehreren der angeführten Stellen überliefert.

l. 1. §. 3. cit. 35, 3. behandelt folgenden Fall. Jemand, dessen Vermögen rein 400 beträgt, setzt zu Erben ein seinen unmündigen Sohn und substituirt diesem pupillariter zu gleichen Theilen den Titius und den Sejus. Dem Pupillen sind Vermächtnisse überhaupt nicht auferlegt; dem Titius aber Legate im Werthe von 300. Wenn nun beide Substituten Erben werden, so berechnet sich Titius seine Quart so, als ob er direct Erbe des Vaters zur Hälfte geworden sei und zahlt demnach im ganzen nur 150 an Legaten. Das ist zweifellos nach l. 11. §. 6. und l. 80. pr. D. 35, 2. Ulpian erwähnt nun aber weiter, indem er eine etwas vorschnelle Bemerkung des Marcellus (300 nullo modo eum praestare) berichtigt, den Fall, wo es noch ungewiß ist, ob auch Sejus die ihm deferirte Erbschaft antrete, während Titius schon angetreten hat. Hier muß Titius, der einstweilen als alleiniger Erbe erscheint und als solcher die Quart seines Erbtheils frei hat, die Legate zu voll ausbezahlen. Weil es aber immer noch möglich ist, daß Sejus auch antritt, und alsdann allerdings Titius zuviel gezahlt haben würde: so stipulirt er, bei der vorläufigen Auszahlung der Legate, die eventuelle Rückgabe dieses plus. Allein dieses plus ist nicht blos aus dem Erbtheile gezahlt, der unter allen Umständen dem Titius verbleibt, sondern auch aus dem Erbtheile, der möglicherweise an den Sejus fällt. Es muß also kraft jener Stipulation auch dem Sejus Sicherheit verschafft werden. Dies geschieht wohl am einfachsten so, daß Titius, bei der Auszahlung der Legate, theils für seine eigne Person, theils als negotiorum gestor des Sejus stipulirt[17]. Die praktische Wirkung

[17] Vgl. im ganzen v. Vangerow, a. a. O. S. 249—258, auch Pernice, l. c. p. 115 sqq. Die Modalität des Stipulationsabschlusses bestimme ich im Texte etwas schärfer, als sie hier bestimmt zu sein scheint. Es wird wohl meistens, bei offenbar solventer Erbschaft, der Nichtantritt des Sejus seinen Grund in dessen Abwesenheit, Unkunde vom Erbfall 2c. haben, und daher nicht davon geredet werden können, daß er selber für den noch ungewissen Fall seines Antritts stipulire; vielleicht wird meine Auffassung noch mehr gerechtfertigt durch das omnibus heredibus interponenda est [cautio], an dessen Stelle wenig-

der gemeinsam für beide Substituten eingegangnen Stipulation ist dann die, daß Sejus 100, Titis 50 von den Legataren eventuell zurückfordern darf.

Ganz ähnlich ist der Fall der l. 32. §. 2. D. 35, 2. Hier hat einer von zwei Erben, vielleicht auch hier derjenige, der allein von beiden bereits angetreten hat, jedenfalls derjenige, welcher im Besitze der legirten Gegenstände sich befindet, den Legataren ihre Legate vorläufig ausgezahlt: ein Fall, der gewiß recht gewöhnlich ist[17a]). Dabei hat er sich nun die eventuelle Rückgabe des etwa ex lege Falcidia zuviel Gezahlten stipulirt, und zwar ohne Zweifel auch hier theils für sich, theils für den Miterben, welchen diese Legate gleichfalls treffen. Es fragt sich nunmehr: wie gestaltet sich die Berechnung der Quart und der Inhalt der Klage aus jener Stipulation für ihn? Die Antwort lautet: non aequaliter, sed pro suo modo legis Falcidiae rationem et actionem ex stipulatu habiturum; omnes enim praetoriae stipulationes ejusdem interpretationis esse. Das kann nur heißen: beurtheilte sich die für beide Erben wirksame Stipulation nach den gewöhnlichen Regeln, so würde ein jeder von ihnen gleichmäßig[18]) einen Anspruch auf dasjenige haben, was die Legatare ex lege Falcidia überhaupt zurückgeben müssen. So ist es aber nicht. Ein jeder berechnet vielmehr die Quart nach bekannten Grundsätzen für sich[19]) und hat kraft jener Stipulation eine Klage gegen die einzelnen Legatare eben auf Rückgabe des ihm nach dieser

---

stens dann, wenn die einzelnen Erben für sich stipulirten, singulis stehen müßte. Vgl. Huschke a. a. O. S. 419. l. 13. D. qui satisd. 2, 8. — Ueber die Zulässigkeit aber die Stellvertretung in der Begründung prätorischer Stipulationen im allgemeinen s. Beil. I. Noten 16. 17. 25.

17a) Hiermit erledigt sich die Bemerkung von Schirmer S. 186, daß die Vermächtnißnehmer meist nur an den einen oder den andern von den Erben gewiesen worden seien. Dies ist schon bedenklich für Damnationslegate auf specielle Sachen des Erblassers, verkehrt aber geradezu für Vindicationslegate, die als solche alle Erben treffen müssen. — Ganz richtig Molinaeus, l. c. P. II. Nris 449 sqq. pag. 180. 181.

18) aequaliter. Dies heißt, von einer Concurrenz gebraucht, meist: zu gleichen Theilen, Kopftheilen. S. z. B. l. 5. §. 1. l. 15. §§. 17. 18. l. 40. §. 4. D. de damn. inf. 39, 2. — Vgl. aber auch l. 51. pr. D. fam. ercisc. 10, 2. (l. 6. D. de trib. act. 14, 4.) — S. auch l. 40. §. 1. D. de damn. inf. 39, 2. l. 5. §. 3. D. ut in poss. legat. 36, 4. l. 39. §. 11. D. de adm. tut. 26, 7. l. 2. Cod. si tut. vel curat. 5, 55. l. 27. §. 2. D. ad municip. 50, 1. l. 1. §. 11. D. si quid in fraud. patr. 38, 5.

19) S. z. B. l. 2. Cod. ad leg. Falcid. 6, 50. l. 77. 78. D. h. t. 35, 2.

Berechnung Zukommenden[20]). Denn so wird es allgemein bei den prätorischen Stipulationen gehalten, daß eine Theilung nicht nach Quoten als solchen eintritt, sondern nach Maßgabe der für die einzelnen Theilnehmer zugrundeliegenden thatsächlichen Verhältnisse.

Es kann dabei allerdings kommen, daß der Abzug, den jeder einzelne Erbe, um seine Quart zu erhalten, an den Legaten macht und mit der actio ex stipulatu zur Geltung bringt, zu dem entsprechenden Abzuge der andern Erben gerade in dem Verhältnisse der Erbtheile steht, und somit das pro suo modo thatsächlich so viel bedeutet, wie pro portione hereditaria. Dies wird nämlich dann der Fall sein, wenn alle Legate alle Erben treffen. Aber auch nur unter dieser, doch gewiß sehr zufälligen und unwesentlichen, Voraussetzung[20a]).

---

20) A. M. Schirmer, a. a. O. S. 186 f., der meint, schon sprachlich könne „pro suo modo" nicht wohl auf die Person des Erben bezogen werden, sondern sei neutral zu fassen. Er erblickt den Schwerpunct unsrer Stelle in der Frage, wie weit der einzelne Legatar aus der Caution hafte, indem er von der Annahme ausgeht, daß die verschiedenen Legatare dem Erben zusammen jene Caution geleistet hätten. Diese Annahme scheint uns jedoch keineswegs geboten durch den Singular „cautionem praetoriam"; noch können wir der Meinung beitreten, die in solchen Fällen übliche Verfahrungsweise sei die gewesen, daß die mehreren Legatare zusammen cavirt hätten. Der Erbe zahlt vielmehr jedem von ihnen sein Legat aus, wie er sich gerade meldet, und läßt ihn dabei caviren. Daß die Abschätzung der Erbschaft und der Legate zum Zwecke der Berechnung der Quart wo möglich in einem gemeinsamen Verfahren gegenüber sämmtlichen Vermächtnißnehmern des einzelnen Erben zu geschehen pflegte, das ist ein ganz anderes Ding. S. l. 1. cit. §. 6. 35, 3. Es kann freilich vorkommen, daß mehrere Legatare gemeinsam caviren; insbesondere dann ist dies sehr natürlich, wenn mehreren dieselbe Sache legirt ist, die ihnen gemeinsam ausgeliefert wird. (Vgl. z. B. l. 2. Cod. de usur. et fruct. legat. 6, 47. (Anton. libertis Cassiani.) v. et usuras et fructus.) Dann aber wird die Berechnung dessen, was der einzelne Legatar davon herauszugeben hat, ohne alle Schwierigkeit sich einfach nach seiner Concurrenz an diesem Legate bestimmen.

20a) Hiermit erledigt sich die Meinung, welche Schirmer a. a. O. S. 186 zu Note 1 als diejenige Wetzells angiebt. Mir scheint Wetzell a. a. O. S. 264 f. freilich anders verstanden werden zu können. Er sagt nämlich, der Anspruch aus der Caution sei „nicht nach der Zahl der Erben (aequaliter), sondern nach der Erbschaftsquote des Klägers (pro suo modo) zu reguliren." — Die Quarten der einzelnen Erben stehen natürlich im Verhältnisse der Erbtheile, von denen sie den vierten Theil des überschießenden Activwerthes, berechnet nach dem Augenblicke des Todes des Erblassers, ausmachen; das Verhältniß aber der Gesammtbeträge, die jeder einzelne Erbe auf seine Quart abzieht, bestimmt sich außerdem nach dem Gesammtwerthe der ihn treffenden Vermächtnisse. Beide Verhältnisse sind daher nicht mit einander zu verwechseln. Die l. 32. §. 2. D.

Gewissermaßen in der Mitte zwischen dem bisher erörterten Falle, wo die cautio, quanto amplius pp. von Anfang an für mehrere Gläubiger gilt, und demjenigen, wo eine Mehrheit von Gläubigern aus der Caution erst durch den Erbgang herbeigeführt wird, steht der Fall der l. 11. §. 6. cit. 35, 2. Hier hat der Pupill, oder dessen Vormund, bei der Auszahlung der ihm auferlegten Vermächtnisse mit Rücksicht darauf, daß möglicherweise die Substituten durch die ihnen in secundis tabulis auferlegten Vermächtnisse überschwert sein könnten, unsre Caution sich bestellen lassen[21]). Und nun wird die Caution wirksam. Und zwar für jeden einzelnen Substituten in eam quantitatem, quam sibi retinere potuisset, falls nämlich der Pupill selber die ihm auferlegten Legate noch nicht gezahlt hätte. Auch hier tritt also keinesweges eine Concurrenz weder zu gleichen, noch zu Erbtheilen unter den mehreren Substituten ein: jeder berechnet, nach den von Papinian in l. 11. §. 6. entwickelten Grundsätzen, seine Quart für sich und macht danach theils den an ihn gewiesenen Legataren (ex secundis tabulis) einen verhältnißmäßigen Abzug, theils fordert er mit der actio ex stipulatu einen verhältnißmäßigen Theil von den Legaten zurück, die der Pupill (ex primis tabulis) gezahlt hatte[21a]).

Wir kommen nunmehr zu dem Falle, wo die Mehrheit von Gläubigern durch Erbgang herbeigeführt ist. Als Beispiel hierfür wird uns in l. 2. §. 2. cit. de praet. stipp. 46, 5. wie in l. 32. §. 2. cit. ad leg. Falcid. 35, 2. die cautio judicatum solvi gegeben, welche sich vom Stipulator auf mehrere Erben vererbt hat. — Um gerade dieses Beispiel richtig zu verstehen, müssen wir jedoch eine Bemerkung vorausschicken, die ihrerseits wiederum aufs engste das Wesen der prätorischen Stipulationen trifft.

Die cautio judicatum solvi wird stets mit Rücksicht auf einen ganz bestimmten Proceß, und zwar regelmäßig vor der Litiscontestation,

---

cit. spricht vom letztern. — Vgl. auch die Glosse ad h. l. v. pro suo modo] und Vivianus, Casus ad h. l. Goveanus, ad tit. ad leg. Falcid. ad h. l. (Opp. Lugd. 1561. fol. p. 213.) Retes l. c. (Meerman. Thes. VII. p. 621. §. V.) — Molinaeus l. c. Nr. 450 sq. hat beides nicht recht auseinander gehalten.

21) Er ist hiezu verpflichtet. l. 31. l. 80. pr. l. 84. D. ad leg. Falcid. 35, 2. l. 1. §. 2. D. si cui plus. 35, 3.

21a) Vgl. ferner etwa l. 27. D. de damn. inf. 39, 2. zu Anfang verbunden mit l. 18. §. 6. eod.

bestellt[22]). Da nun die rei vindicatio im allgemeinen[23]) nur gegen den Besitzer der streitigen Sache gerichtet ist, der Besitz als solcher aber sich nicht vererbt: so haftet der Erbe des Besitzers als solcher jener Klage keineswegs darum, weil dieselbe gegen seinen Erblasser hätte angestellt werden können. Er haftet vielmehr nur, wenn er selber den Besitz erlangt hat, dann aber nicht als Erbe, sondern als Besitzer[24]). Die rei vindicatio, die demnach gegen ihn angestellt wird, ist eine ganz andere Klage, als diejenige, welche gegen seinen Erb-

---

22) l. 8. D. jud. solvi. 46, 7. l. 11. D. qui satid. 2, 8. — S. auch l. 8. §. 2. l. 14. eod. l. 8. §. 3. l. 15. pr. l. 40. §. 2. verbunden mit §. 3. l. 43. §. 6. l. 76. D. de procurat. 3, 3. l. 13. §. 1. D. jud. solvi. 46, 7. l. 64. §. 1. D. de jud. 5, 1. — Vgl. l. 41. pr. D. de H. P. 5, 3. l. 8. §. 3. D. qui satisd. 2, 8. l. 46. pr. D. de proc. 3, 3.

Wie im regelmäßigen Falle die Erwähnung des judex privatus in die Stipulation gebracht wurde, da der Prätor einen solchen doch gewiß nicht früher gab, als in demjenigen Termine, in dem auch die Litiscontestation stattfand, das ist mir nicht recht ersichtlich. Vgl. die Restitutionen der cautio jud. solvi bei Cujac. Obs. X. c. 29. Praelect. ad Paull. lib. 8. ad edict. zu l. 14. D. de proc. Wetzell, a. a. O. S. 104. Schmidt v. Ilm. Zeitschr. für Civilr. u. Pr. N. F. Bd. 8. S. 23. Schlayer, das. Bd. 9. S. 39. Note 147. Schirmer, S. 47. Rudorff zu Puchtas Institt. Bd. 2. §. 232. Note i. (Aufl. 3.) Rechtsgesch. Bd. 2. S. 241. Note 6. — Keine Schwierigkeit würde es machen, anzunehmen, daß die Parteien in die Stipulation gesetzt hätten: ut, quod is, qui a Sejo praetore de hac re judex datus erit, quive in ejus locum substitutus erit pp. — Wenn demnach l. 20. D. h. t. 46, 7. vom alten ordo judiciorum spricht, so ist sie zu verstehen von einer Caution, die ausnahmsweise nach der L. C. eingegangen ist. Dazu stimmt ihr Wortlaut völlig; ja, im andern Falle müßte es genau genommen heißen: Quum apud Sempronium judicem reum defendendus esset, — statt defenderetur. Vielleicht aber ist diese Stelle zu beziehen auf das Verfahren extra ordinem der spätern Zeit, in welchem die L. C. erst vor dem judex datus (pedaneus) geschah, also recht gut in die Worte der Caution, auch wenn dieselbe vor der L. C. eingegangen wurde, der Name dieses Richters gesetzt werden konnte. l. 4. Cod. de ped. jud. 3, 3. — S. Rudorff, Rechtsgesch. Bd. 2. §. 71. Note 18. — Aehnlich könnte es auch mit der l. 3. pr. D. h. t. sein. Hiernach würde dann der bereits ernannte judex pedaneus mit einem andern vertauscht, etwa weil jener erste unfähig oder verdächtig ist. Am natürlichsten scheint mir diese Stelle jedoch zu verstehen von einem Richter, über dessen Person die Parteien sich vor der L. C. geeinigt hatten, um ihn sich vom Prätor addiciren zu lassen, und dessen Name deshalb schon in die cautio jud. solvi gesetzt war.

23) Abgesehen nämlich von den Fällen der ficta possessio, für welche jedoch der Erbe als solcher auch nicht aufzukommen braucht. l. 52. D. de R. V. 6, 1.

24) l. 55. D. de R. V. 6, 1. l. 2. §. 2. cit. de praet. stipp. 46, 5. i. f. [„ante judicium acceptum."]

lasser hätte angestellt werden können [25]). Es bezieht sich mithin die cautio judicatum solvi, welche mit Rücksicht auf die bevorstehende Vindication gegen den Erblasser von diesem bestellt worden ist, nicht auf die Vindication, die jetzt gegen den besitzenden Erben wirklich angestellt wird, quia de alia re cautum videtur [26]). Jene Caution hat vielmehr ihre ganze Bedeutung verloren (videndum, ne non committatur) [27]); und es muß daher ohne Frage der seines Besitzes halber mit der Vindication angegriffene Erbe eine ganz neue Caution bestellen. — Von einer Vererbung der cautio judicatum solvi für eine in rem actio auf passiver Seite kann also überhaupt nur die Rede sein, wenn es in dem Processe, dessen wegen jene Caution bestellt worden, schon zur Litiscontestation gekommen ist, und somit das Klagerecht, das die Veranlassung zur Caution bildet, sich gegen die Erben des Besitzers fixirt hat. Davon werden wir demnächst zu reden haben. — Auf activer Seite dagegen geht mit dem Eigenthumsrechte auch die Befugniß zur rei vindicatio zu den Erbquoten vor wie nach der L. C. auf die Erben über; und so bleibt hier in beiden Fällen die cautio judicatum solvi wirksam. Aber wie die Vindication selbst in beiden Fällen, dort unmittelbar, hier nach erfolgter translatio judicii, von jedem der mehreren Erben zu seiner Quote auch formell unabhängig von den Miterben verfolgt werden kann [28]), und materiell unabhängig verfolgt werden muß [28a]): so hat nun auch die dem Erblasser bestellte Caution für jeden seiner Erben ihr besonderes Schicksal. Erwirkt also der eine von ihnen mit der Vindication die Condemnation des Beklagten, während die übrigen vielleicht noch gar nicht die Klage angestellt oder dieselbe, sofern sie bereits vom Erblasser zur Litiscontestation gebracht war, reassumirt haben, oder noch nicht zum Urtheil gelangt sind, oder aus irgend einem Grunde eine absolutorische Sentenz erwirken: so verfällt die cautio judicatum solvi auch nur jenem einen, so weit es ihn angeht — in partem ejus. Weiter kann sie natürlich auch mehreren, auch ihnen allen committirt werden;

---

25) Vgl. l. 17. l. 9. pr. D. de exc. rei jud. 44, 2. s. auch l. 18. eod. l. 8. pr. D. rat. rem. hab. 46, 8. — quia alia res est.

26) Vgl. l. 64. §. 1. cit. D. de jud. 5, 1. l. 13. §. 1. D. h. t. 46, 7. — Vgl. auch l. 1. §. 2. D. quib. mod. pign. vel hyp. 20, 6.

27) Vgl. Schirmer, S. 197. — S. Beilage II. sub II.

28) Vgl. l. 5. §. 7. i. f. D. jud. solvi. 46, 7. Auch l. 31. D. de jud. 5, 1. s. Planck, die Mehrheit rc. §. 19. S. 148 ff.

28a) S. Planck, das. §. 16. S. 105 ff.

allein der Erfolg des einzelnen ist für die übrigen ganz gleichgültig. Und eben deshalb kann auch die Caution dem einen aus der einen, dem andern aus der andern ihrer Clauseln verfallen[28b]). — Weiter aber ist es auch möglich, daß einem der mehreren Erben des nicht besitzenden Eigenthümers bei der Erbauseinandersetzung das ganze Eigenthum an der streitigen Sache adjudicirt wird[28c]). In diesem Falle wird der Adjudicatar allein entweder die rei vindicatio anstellen können, wenn der Erblasser noch nicht litem contestirt hatte; oder, wenn dies schon geschehen ist, allein den Proceß reassumiren müssen und können [28d]). Es dürfte auch für diesen Fall einem gegründeten Zweifel nicht unterliegen, daß die vom Erblasser stipulirte cautio judicatum solvi auf den das ganze Eigenthum erwerbenden Erben übergeht und ihm allein demnach verfallen kann, und zwar nach Maßgabe seines vollen Interesse[28e]). — Doch liegt es in der Natur des Verhältnisses, daß eine Adjudication unter solchen Verhältnissen nicht die Regel bilden wird, weil bei der Ungewißheit des Sieges im Vindicationsprocesse einerseits ein jeder Erbe sich scheuen muß, die streitige Sache zu annähernd vollem Werthe zu übernehmen, anderseits die übrigen bei einiger Wahrscheinlichkeit des Sieges keine Neigung haben werden, die Sache weit unter ihrem Werthe fahren zu lassen.

Wir sehen demnach, wie diese prätorischen Stipulationen bei einer Mehrheit von Gläubigern wirklich so behandelt werden, als wäre die Stipulation für einen jeden einzelnen derselben besonders abgeschlossen. Selbst da, wo die bedingte Fassung bei gewillkürten Stipulationen ipso jure dem entgegenstehen würde, zerspalten sich diese regelmäßigen prätorischen Stipulationen unter die mehreren Gläubiger dermaßen in selbständige Stücke, als ob für jedes Stück die Bedingung besonders hinzugesetzt sei. Dieses namentlich ist die Bedeutung der Redensart: scindi praetorias stipulationes in personas heredum creditoris, und, wie wir unbedenklich hinzufügen können: in personas creditorum, quibus simul stipulatio interponitur. Denn scindi ist keinesweges gleichbedeutend mit dividere und bezeichnete danach etwa blos eine Theilung des verfallenen Anspruchs unter die mehreren Gläubiger; sondern es will recht eigentlich ausdrücken, daß die gemeinsam

---

28b) Ueber diese Clauseln s. Rudorff, a. a. O. §. 73. S. 241. Note 6.

28c) §. 7. J. de off. jud. 4, 17.

28d) Vgl. l. 4. §. 1. Cod. de litigiosis. 8, 37. S. Wetzell, Syst. des Civilpr. S. 26 f. sub 2a.

28e) arg. l. 27. §. 1. z. A. D. de procurat. 3, 3.

begründete oder gemeinsam ererbte Obligation in durchaus selbständige Stücke zerlegt werde[29]).

Von diesem scindere auf gläubigerischer Seite heist es nun in l. 2. §. 2. cit. D. de praet. stipp., mit besondrer Beziehung auf die Stipulation judicatum solvi —, es geschehe summa ratione; hoc enim facere verba stipulationis: Quanti ea res est (erit). Und das ist an und für sich verständlich. Nach dem Wortlaute schon der Stipulation kann der einzelne aus derselben berechtigte Gläubiger nur gerade den Betrag seines Interesse fordern, wie sich dieses sein Interesse immerhin zu dem Interesse der übrigen Gläubiger verhalten möge. — Jene Bemerkung gilt aber nur für solche Stipulationen, welche auf das Interesse gefast sind. Es giebt jedoch auch andere prätorische Stipulationen auf eine incerta quantitas; und da auch bei diesen jenes eigenthümliche scindere in personas creditorum statthat, so muß dasselbe eben auf einem allgemeinern Grunde beruhen, als die Fassung der einzelnen Stipulation ihn bietet[30]). Vielmehr dürfte diese Fassung der ohnehin bestehenden Regel für die Mehrzahl der Fälle erst angepast sein[30a]).

Aus eben jenem allgemeinern Grunde tritt das scindere in personas reorum dann auch auf schuldnerischer Seite ein. Für den Fall einer anfänglichen Mehrheit von Schuldnern zeigt uns dies das Beispiel der cautio rem pupilli salvam fore in l. 51. cit. D. de adm.. et per. tut. 26, 7.[31]). Mehrere Vormünder, die alle an der Verwaltung des Mündelvermögens theilnehmen, haben die cautio rem pupilli salvam fore bestellt. Wenn nun jeder von ihnen Antheil an der gesammten Verwaltung hat, so haftet er aus jener Caution wie mit der actio tutelae, abgesehen von möglichen Einreden[32]), in solidum für die gesammte Verwaltung. Und ebenso haftet natürlich

---

29) Vgl. l. 23. l. 43. §. 2. l. 56. D. de condit. et dem. 35, 1. l. 14. §. 1. D. de pec. 15, 1. — l. 48. D. fam. ercisc. 10, 2. l. 5. §. 7. D. jud. solvi. 46, 7. l. 10. §. 3. D. de app. 49, 1. l. 18. pr. D. de C. E. 18, 1. l. 2. Cod. si unus ex plur. hered. 8, 32. — Vgl. oben §. 17. S. 140 ff.

30) Wie es bei den gewillkürten Stipulationen dieser Art ist. S. Note 14a.

30a) Wir werden bei der Interpretation der l. 4. §. 2. D. de V. O. auf diesen Punct zurückkommen. — S. auch Note 50 ff.

31) Vgl. übrigens l. 1. §. 19. l. 15. §. 1. l. 17. D. ut legat. 36, 3. l. 5. §. 11. D. ut in poss. legat. 36, 4. l. 8. D. quando ex facto tut. 26, 9. l. 25. §. 15. l. 18. §. 6. D. fam. ercisc. 10, 2. — l. 17. pr. D. de test. tut. 26, 2. — S. auch l. 4. D. si ex nox. caussa. 2, 9. — Vgl. oben Note 14b.

32) S. unten §. 28. Noten 6—11.

auch der Bürge aus der Caution. Hat aber die Obervormundschaft[33]) die Verwaltung getheilt, sei es nach Geschäftszweigen, sei es, was am häufigsten vorkam, nach örtlich getrennten Vermögensmassen: dann haftet der einzelne nur für seinen Theil der Verwaltung unbedingt[34]); und wie hierauf allein das eigentliche arbitrium tutelae gerichtet war[35]), so beschränkte sich darauf ausschließlich die cautio rem pupilli salvam fore[36]). Und hierfür allein haftete dann natürlich auch der Bürge aus dieser Caution. Wie nun die Haftung des Bürgen sich bestimmt nach der Haftung des Vormundes, so ist umgekehrt aus jener ein Rückschluß auf diese zulässig. Machen wir nun einen solchen bei unsrer l. 51. cit., so bezeugt sie uns denn ausdrücklich die Richtigkeit dessen, was wir eben durch Combination mehrerer anderer Stellen entwickelt haben. Allerdings ist hier nicht gesagt, daß die mehreren Vormünder zusammen cavirt hätten; allein da es bei weitem das Gewöhnlichere sein wird, die Vormünder, welche demselben Magistrate unterworfen sind, in einem Termine die Caution leisten zu lassen: so dürfen wir ohne Zweifel bei der allgemeinen Ausdrucksweise unserer Stelle gerade diesen Fall als mitbegriffen erachten[37]). Die Vormünder, welche also gemeinsam jene Caution geleistet hatten, haften, wenn die Verwaltung obrigkeitlich unter sie getheilt ist, aus dieser Caution

---

33) Eine Theilung durch den Testator — l. 2. Cod. de div. tut. 5, 52. —, der die Vormünder ernannt hat, kömmt hier deshalb nicht in Betracht, weil die tutores testamentarii nach römischem Rechte nicht zu caviren brauchten. l. 17 —19. §. 1. D. h. t. 26, 2. pr. §. 1. J. de satisd. 1, 24. —

34) l. 2. Cod. cit. l. 1. §. 15. D. de tut. et rat. 27, 3. — für die Antheile der übrigen nur, soweit er durch größere Sorgfalt die Folgen ihres Verschuldens hätte abwenden können — l. 19. l. 41. D. de adm. et per. 26, 7. — und erst nach ihnen.

35) Auf die Haftung wegen nicht genügender Aufsicht über die Mitvormünder ging nicht diese Klage, sondern eine utilis tutelae actio, mit welcher der non gerens belangt wurde. — l. 39. §. 11. D. 26, 7. l. 4. §. 3. D. 46, 6. Ribbentrop, Correalobl. S. 50 ff. Rudorff, Vormundschaft. Bd. 3. §. 156. S. 8 ff. — Als non gerens gilt aber auch der Vormund, der einen besondern Zweig der Verwaltung hat, rücksichtlich der übrigen Angelegenheiten des Mündels. l. 51. cit. i. f.

36) Rudorff, a. a. O. §. 186. S. 134 f.

37) Vgl. auch l. 1. §. 15. D. de mag. conven. 27, 8. (a tutoribus, item fidejussoribus eorum.) — S. auch über die Person dessen, der die Cautionsleistung fordert l. 2. l. 3. D. h. t. 46, 6. pr. §. 4. J. de satisd. tut. 1, 24. l. 8. §. 4. D. qui satisd. 2, 8. l. 2. §. 5. D. ad municip. 50, 1.

nicht nach Viriltheilen, sondern nach dem Maße der ihnen zugewiesenen Verwaltung.

Eben dasselbe ergiebt sich auch aus

l. 6. D. de fidej. etc. tut. 27, 7. (Papinian. lib. 2. responsorum.)

> Pupillus contra tutores, eorumque fidejussores, judicem accepit. Judice defuncto, priusquam ad eum iretur, contra solos fidejussores alter judex datus est. Officio cognoscentis conveniet, si tutores solvendo sint, et administratio non dispar, sed communis fuit, portionum virilium admittere rationem ex persona tutorum.

Mehrere Vormünder haben Caution geleistet. Aus derselben werden nunmehr (und dies allein interessirt uns hier) die Bürgen der verschiedenen Vormünder in einem Verfahren belangt. Es wird hierbei die Möglichkeit vorausgesetzt, daß wenigstens die Bürgen eines und desselben Vormundes zusammen auf dessen ganze Schuld aus der Caution verurtheilt werden, die sie dann unter sich nach ihrer Solvenz in Kopftheile theilen mögen[38]). Der judex privatus hat an sich also die Vollmacht, wenigstens die mehreren Bürgen eines jeden Vormundes auf dessen ganze Schuld zu condemniren; wahrscheinlich sogar die Vollmacht, jeden einzelnen dieser Bürgen. Und da nun hier die Verpflichtung eines jeden Vormundes in solidum auf die ganze Verwaltung gerichtet ist: so würden immerhin wenigstens seine Bürgen zusammen hierauf condemnirt werden können. Allein, wie anderswo, so sollen auch hier die Bürgen die Einreden des Hauptschuldners geltend machen dürfen[39]). Insbesondere also auch das beneficium divisionis in eben dem Maße, in welchem es derjenige Vormund selber

---

[38]) Wenn nämlich Papinian den mehreren Bürgen des Vormundes im allgemeinen das beneficium divisionis in l. 12. D. h. t. 46, 6. abspricht, so geschieht das nur, ne ex una tutelae caussa plures ac variae quaestiones apud diversos judices constituerentur. Und dieser Grund liegt hier nicht vor. Ja, höchst wahrscheinlich ist das in l. 6. cit. beschriebene Verfahren gerade deshalb gewählt, um einerseits dem gewesenen Pupillen jene Weitläufigkeit der Rechtsverfolgung zu ersparen, und anderseits den Bürgen die Billigkeit der Theilung ihrer Verpflichtung zu gewähren. vgl. Keller, Litiscont. S. 570 f. Note 16. — Ueber die gemeinsame Belangung der Vormünder selbst s. l. 2. D. de quib. reb. ad eund. jud. 11, 2. l. 5. Cod. arbitr. tut. 5, 51. und dazu Planck, Die Mehrheit. S. 116 ff. und S. 129. sub 2.

Vgl. auch l. 51. §. 2. D. de fidej. 46, 1.

[39]) l. 19. D. de except. 44, 1.

haben würde, für den diese mehreren Bürgen sich verbürgt haben. Es wird demnach die Gesammtheit der Bürger jedes einzelnen Vormundes in denjenigen Theil der gesammten Schuld aller Vormünder condemnirt werden müssen, welcher, gemäß der Solvenz dieser letztern, auf jenen einzelnen Vormund fallen würde, — also bei allgemeiner Solvenz der Vormünder gerade in einen Kopftheil[40]). — Papinian beschränkt aber diese seine Entscheidung auf den Fall, si administratio non dispar, sed communis fuit. Eine dispar administratio ist ohne Frage eine nach bestimmten Geschäftskreisen vertheilte, eben der Fall, der uns angeht. Hier wird also eine solche Theilung nach Kopftheilen der einzelnen Vormünder nicht statthaben; vielmehr hat hier die Gesammtheit der Bürgen eines jeden einzelnen, wie er selber, für den ganzen Inhalt seines Geschäftskreises, aber auch nur für diesen, aufzukommen. M. a. W. infolge der gemeinsamen Caution wird hier die Haftung der einzelnen Vormünder nicht nach Quoten, sondern nach Maßgabe der besondern Verhältnisse getheilt, für welche vonseiten eines jeden diese Caution geleistet ist.

Wir gelangen jetzt zu dem Falle, wo die Mehrheit von Subjecten auf schuldnerischer Seite einer prätorischen Stipulation durch Erbgang herbeigeführt worden ist. Als Beispiel für das eigenthümliche scindere einer solchen Stipulation auch unter die schuldnerischen Erben finden wir in den Quellen die cautio judicatum solvi bei einer vindicatio in l. 2. §. 2. D. h. t. 46, 5. und in l. 32. §. 2. D. ad leg. Falcid. 35, 2. citt. — Wir erinnern hier zuerst an das, was wir hinsichtlich des Ueberganges dieser Caution auf die schuldnerischen Erben vorhin bemerkt haben. Ein passiver Uebergang der Caution kann danach überhaupt nur statthaben, wenn der ursprüngliche Schuldner nach der L. C. aus der Vindication gestorben ist.

Die Vindication wird alsdann gegen seine Erben transferirt. Schon nach römischem Rechte musten in solchem Falle die Erben den Proceß gemeinsam übernehmen, namentlich durch Bestellung eines gemeinsamen Procurators[41]). Indessen ward diese Verpflichtung erst

---

[40]) Nicht etwa z. B. die drei Bürgen des einen, die zwei des andern, die vier des dritten Vormundes jeder in ein Siebentel; sondern die drei ersten zusammen in $1/3$, die zwei andern gleichfalls und die vier letzten ebenso. Sie mögen dann unter sich immerhin wieder theilen, so daß also von jenen dreien jeder $1/9$ der ganzen Condemnationssumme trägt u. s. w. — Vgl. auch Rudorff, a. a. O. §. 186. S. 140 ff.

[41]) Planck, Mehrh. S. 149 f. Wetzell, Syst. §. 10. S. 47 f. zu Note 2.

auf Antrag des Klägers wirksam. Wenn daher der Kläger von jenem Antrage absieht, so kann immerhin die gegen den Erblasser begonnene Vindication gegen jeden einzelnen seiner Erben zu dessen Erbtheile selbständig weiter verfolgt werden [42]). Und nach dem Verlaufe, den jeder einzelne dieser Processe nimmt, bestimmt sich dann auch das Schicksal der vom Erblasser geleisteten Caution für die einzelnen Erben. So verfällt für denjenigen Erben, der nicht gehörig die Defension führt, die Caution aus der clausula ob rem non defensam; für denjenigen, der aus irgend einem Grunde ein absolutorisches Urtheil davonträgt, verfällt sie gar nicht; für denjenigen, der condemnirt wird, verfällt sie ex clausula judicati [42a]). — Und selbst bei einer gemeinsamen Proceßführung der Erben, durch einen dritten Procurator oder durch einen von ihnen, der die Sache in solidum theils proprio, theils procuratorio nomine vertritt, bleibt es möglich, daß der Proceß gegen die einzelnen Erben einen verschiedenen Ausgang nimmt. Da nämlich, trotz jener Gemeinsamkeit des Verfahrens, materiell stets die Selbständigkeit jedes einzelnen Streitverhältnisses bestehen bleibt [42aa]), so ist es gar nicht ausgeschlossen, daß z. B. der Kläger im Verlaufe des Processes sich mit dem einen der verklagten Erben gütlich auseinandersetzt, oder daß der eine Erbe nach der Pronuntiation: rem actoris esse, den Kläger klaglos stellt, während die übrigen condemnirt werden. Es wird also immer kommen können, daß die cautio judicatum solvi gegen den einen Erben gar nicht, gegen den andern ex clausula judicati committirt wird. Ein Verfallen freilich der Caution aus der clausula ob rem non defensam blos gegen einen Erben scheint mir, die Nothwendigkeit der gemeinsamen solidarischen

---

§. 63. S. 673, zu Note 31. — l. 5. §. 7. D. jud. solvi. 46, 7. l. 48. D. fam. ercisc. 10, 2. vgl. l. 42. §. 6. D. de proc. 3, 3.

Vgl. auch v. Savigny, Obl.-R. Bd. I. S. 354. Note d.

[42]) Insofern würde sich jedoch auch hier ein Einfluß der L. C. mit dem Erblasser zeigen, daß die einzelnen Erben, auch wenn sie übrigens vor einem andern Forum belangt werden müßten, nunmehr alle dem Forum unterworfen sind, vor welchem der Proceß gegen den Erblasser begonnen war. S. l. 34. l. 30. (verbunden mit l. 31.) D. de jud. 5, 1. vgl. auch l. 5. §. 8. D. jud. solvi. 46, 7. Diese Bemerkung ist für das classische Recht auch hinsichtlich der Vindication von Immobilien wichtig. Denn damals gab es noch kein forum rei sitae. cf. tit. Cod. ubi in rem. 3, 19. vgl. Fragm. Vat. §. 326. (Ao. 293.) Die Competenz dieses Forums auch gegen die Erben versteht sich freilich von selbst.

[42a]) S. l. 21. D. jud. solvi. 46, 7.

[42aa]) S. Planck, §. 19. S. 148 ff.

Vertheidigung vorausgesetzt, nicht möglich zu sein[42b]). — Was den Inhalt der Condemnation im Hauptprocesse anlangt, so kann derselbe

---

[42b]) Denn die zur Vertheidigung ihrerseits bereiten Erben werden alsdann non recte defendere, falls sie nicht den Theil des nicht defendirenden Miterben auch vertreten. Anders liegt die Sache wiederum, wenn der Erbe, welcher seinen Antheil an der Sache nicht defendiren will, denselben dem Kläger überläßt oder sich sonst mit ihm abfindet. Dies ist natürlich durchaus statthaft. vgl. l. 14. pr. l. 16. D. h. t. — A. M. scheint Schirmer, S. 195 unten ff., der, wenn ich ihn recht verstehe, meint, jeder einzelne der mehreren Erben des verklagten Besitzers könnte an sich zwar nur gezwungen werden, zu seinem Theile die Defension zu übernehmen; diejenigen aber, welche gutwillig wirklich defendirten, wären verpflichtet, bei Vermeidung des Verfalls der clausula ob r. n. d., ihre Defension gemeinsam zu führen.

Auf die l. 17. D. h. t. kann man sich übrigens bei dieser Frage in keiner Weise berufen. Es ist durchaus divinatorisch, diese Stelle von der Vertheidigung mehrerer Bürgen aus der Caution (oder mehrerer Erben des Verklagten) zu deuten. S. auch Ribbentrop, Correalobl. S. 218. Note 31. (wo übrigens l. 25. D. jud. solvi ein Druckfehler ist, ebenso l. 31. §. 2. ad leg. Falcid. statt l. 32. §. 2.) Ihr Sinn ist m. E. einfach der: Wenn jemand, nach Leistung unsrer Caution, im Hauptprocesse verurtheilt wird, so verfällt die Caution aus der clausula judicati natürlich zu ihrem, im concreten Falle, größtmöglichen Umfange. Ebenso muß die clausula doli stets auf den ganzen Betrag des durch den dolus angerichteten Schadens verfallen. (S. z. B. l. 39. D. de dolo m. 4, 3. vgl. Schirmer, S. 164 ff. S. 182 f.) Zweifelhaft dagegen könnte es scheinen, ob nicht durch eine blos theilweise Defension der Verfall des, im concreten Falle, größtmöglichen Inhaltes der clausula ob rem non defensam zu diesem Theile abgewehrt werde. Z. B. der mit der rei vindicatio belangte Besitzer einer Sache sagte: „die eine Hälfte des Eigenthums an dieser Sache habe ich erworben durch Kauf, die andre Hälfte durch Schenkung; ich will zunächst jenen Eigenthumserwerb durch den Kauf darthun;“ — oder der mit einer persönlichen Klage belangte Procurator sagte: „die eine Hälfte der Forderung ist beseitigt durch Acceptilation, die andre durch Novation; ich will zunächst jene Acceptilation erweisen“ (was nach römischem Proceßrechte an sich statthaft war) —: und hier wie dort würde nun mit dem zunächst unternommenen Beweise der Proceß dermaßen verschleppt, daß er zu verjähren drohte. Der Kläger hätte in solchem Falle selbstverständlich im Contumacialverfahren kein Schutzmittel. Nach classischem Rechte würde, falls der erste Theil des beklagtischen Beweises mislingt, bei einer actio certa ein Urtheil überhaupt nicht möglich sein, da bei einer intentio certa in personam die condemnatio, bei einer intentio certa in rem die pronuntiatio nur auf das Ganze statthaft ist, die Sache aber erst zu einem Theile spruchreif erscheint. cf. Gaj. IV. §§. 53. 54. Würde da nun der Beklagte aus der clausula ob c. n. d. nur wegen des thatsächlich nicht defendirten Theiles der Streitsache haften? Nein, antwortet Venulejus: non enim videbitur defensa res boni viri arbitratu, quae non in solidum defensa sit. Der Kläger kann also sein gesammtes Interesse an der Sache aus der clausula ob

für die einzelnen Erben wiederum sehr verschieden sein; und danach richtet sich natürlich auch der Inhalt der Haftung jedes einzelnen aus der clausula judicati. Ist er ohne seine Schuld nicht im Besitze der streitigen Sache, so wird er im allgemeinen allerdings frei gesprochen werden müssen. Hat aber der Erblasser widerrechtlich die Sache beschädigt oder veräußert oder nach der L. C. vernichtet[42c]),

---

r. n. d. einklagen, sobald jene Besorgniß der Proceßverjährung begründet erscheint. — Dagegen würde der Beklagte durchaus zulässig verfahren, wenn er auch nach der L. C. noch sagen wollte: „ich sehe ein, daß ich das Eigenthum an der streitigen Sache nur zur Hälfte habe; den Besitz der andern Hälfte räume ich dem Kläger demnach hiermit ein" — vgl. l. 8. D. si pars hered. 5, 4. —; oder: „allerdings hat mein Mandant die eingeklagte Forderung zur Hälfte anzuerkennen; diese zahle ich demnach" — u. s. w. —

Etwas ganz Besonderes endlich ist die Verpflichtung eines jeden einzelnen von mehreren Miteigenthümern eines Sclaven oder eines Thieres, diesen Sclaven oder dieses Thier gegen eine Noxalklage in solidum zu vertreten. (Man entgeht übrigens dieser Verpflichtung, wenn man seinen Eigenthumsantheil am Sclaven oder Thiere vor der L. C. dem Beschädigten abtritt. l. 8. l. 21. pr. D. de nox. act. 9, 4. Der Beschädigte hat alsdann gegen seine nunmehrigen Miteigenthümer die actio communi dividundo auf Schadensersatz. l. 8. cit. l. 41. eod. l. 16. §. 6. D. fam. ercisc. 10, 2. l. 61. pr. D. de furt. 47, 2. Vgl. l. 27. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9, 2. l. 14. §. 2. D. de serv. corrupto. 11, 3.) — Die Pflicht der defensio in solidum beruht hier darauf, daß der Sclav oder das Thier sich selbst zu vertreten nicht vermag, der Beschädigte aber darunter nicht leiden darf, daß Sclav oder Thier mehreren Eigenthümern angehört. l. 4. D. si ex nox. caussa 2, 9. l. 5. pr. l. 8. cit. l. 17. pr. etc. D. de nox. act. 9, 4. l. 1. §. 14. D. si quadrup. 9, 1. l. 25. §. 15. D. fam. ercisc. 10, 2. l. 15. D. comm. div. 10, 3. — Umgekehrt haftet der Eigenthümer des Sclaven oder des Thieres dem einzelnen Miteigenthümer der von diesem beschädigten Sache zwar nur für dessen Interesse; — will er sich aber von dieser Haftung durch noxae deditio befreien, so bleibt ihm nichts übrig, als dem einzelnen klagenden Miteigenthümer der beschädigten Sache das Eigenthum am beschädigenden Sclaven oder Thiere in solidum zu übertragen. Denn solange er von diesem Eigenthume noch ein Stückchen behält, behält er nach dem Gesagten immer noch die Pflicht, den Sclaven oder das Thier zu vertreten: was nur in solidum zulässig ist — l. 27. §. 2. D. ad leg. Aquil. 9, 2. l. 19. pr. D. de nox. act. 9, 4. —: ne defensio per plures scissa incommodo aliquo afficiat actorem, qui, können wir hinzufügen, unius servi vel animalis injuria damno affectus est. Vgl. Ribbentrop, Correalobl. §. 26, insbesondere S. 255. Note 14.

42c) Wer vor der L. C. eine fremde Sache, die er besitzt, widerrechtlich vernichtet, kann nicht mehr als fictus possessor mit der rei vindicatio belangt werden. Denn mit dem Untergange der Sache hört nothwendig auch das Eigenthum daran auf, dessen Dasein im Augenblicke der L. C. nach der formula petitoria (Si paret, rem, q. d. a. actoris esse) Voraussetzung für den gün-

so muß dafür der Erbe pro portione hereditaria aufkommen [43]). Nicht minder hat der Erbe seine eigne Widerrechtlichkeit hinsichtlich der streitigen Sache zu vertreten [44]). Und immerhin ist er verbunden, die Rechtsmittel, welche ihm zur Erlangung der Sache zustehen, dem Kläger abzutreten. Besitzt er endlich die streitige Sache, so wird er zu deren Herausgabe angehalten; niemals jedoch auf mehr condemnirt, als auf seinen Erbantheil an dem gesammten Interesse des Klägers an der ordnungsmäßigen Herausgabe, — selbst dann nicht, wenn er die ganze Sache besitzen sollte. Er besitzt nun aber über seinen Antheil entweder mit Willen der Miterben: dann haftet jeder derselben für die in diesem Willen liegende widerrechtliche Veräußerung. Oder er besitzt ohne Willen der Erben, und dies wiederum entweder infolge einer Widerrechtlichkeit des Erblassers, der ihm, sei es unter Lebenden, sei es von Todeswegen, die streitige Sache zugewandt hat; oder aber infolge einer eigenmächtigen Aneignung vonseiten seiner selbst oder eines andern, dessen Successor er ist. Im erstern Falle erscheinen die Miterben allerdings frei von eigner Verschuldung, da der Wille des Erblassers sie bindet [45]): aber sie haben dann eben des Erblassers Widerrechtlichkeit zu tragen [45a]). Im andern Falle werden sie der Regel nach mit Erfolg vom besitzenden Miterben ihre Erbtheile am Besitze der Sache mittels der Vindication, der Publiciana in rem actio; dem interdictum quod legatorum, — der

---

stigen Erfolg der Vindication ist. Ich kann darüber auf eine besondere Abhandlung verweisen, welche demnächst in Haimerl's österreich. Vierteljahrsschrift erscheinen wird.

[43]) l. 42. D. de R. V. 6, 1. (Paull. lib. 26. ad edict.) Si in rem actum sit, quamvis heres possessoris, si non possideat, absolvatur, tamen si quid ex persona defuncti commissum sit, omnimodo in damnationem veniet. — arg. a contr. l. 52. D. eod. v. ante litem contestatam.

[44]) l. 51. D. eod.

[45]) A. M. Schirmer, S. 199. Der Miterbe, dem die streitige Sache z. B. prälegirt ist, kann nach classischem Rechte den übrigen dieselbe ja mit der R. V. abnehmen, ohne daß sie sich dagegen zu wehren vermöchten mit der Berufung auf den Rechtsstreit, der wegen dieser Sache schon gegen den Erblasser anhängig gemacht worden. Jedenfalls können sie dies nicht, wenn der Prälegatar u. s. w. ihnen Caution bestellt für etwaige Defension u. s. w. — Vgl. l. 57. l. 58. D. de R. V. 6, 1. — Das Verbot der Veräußerung litigiöser Sachen für den Beklagten bei Strafe der Nichtigkeit und Geldbußen ist erst von Justinian eingeführt. l. 4. Cod. de litig. 8, 37. S. v. Vangerow, Lehrb. Bd. 1. §. 60. sub IV. 5. 6. S. 290 ff. s. auch Nro. 112. c. 1. —

[45a]) Vgl. auch l. 33. D. de fidejuss. 46, 1.

hereditatis petitio, dem interdictum quorum bonorum, — erlangen können [46]): und da müssen sie ihre Klagrechte dem Gegner ihres Erblassers cediren, wenn sie von dessen, gegen sie vererbter, Vindication absolvirt werden wollen. Auf diese Weise wird also trotz des Satzes, daß der Erbe des mit der R. V. verklagten Besitzers nach der L. C. vonseiten des letztern nie für mehr als seinen Erbtheil verurtheilt werden solle, der Kläger dennoch immer zu seinem Rechte gelangen [47]). Uebrigens stände auch dem Kläger immer frei, gegen den in solidum besitzenden Erben auf die Herausgabe der Besitzquoten der übrigen Erben eine neue Vindication aus eignem Rechte anzustellen [48]). —

Haben wir uns nunmehr genügend von der eigentlichen Bedeutung des scindere der prätorischen Stipulationen auch auf passiver Seite überzeugt, so wird es uns keine Schwierigkeit mehr machen, einen theoretischen Zweifel zu verstehen, den Paullus in der l. 2. §. 2. cit. de praet. stipp. gegen dieses scindere hinsichtlich der Erben des Promissor anführt. Es entspricht, wie oben bemerkt, der Fassung der prätorischen Stipulationen auf das Interesse, daß für jeden einzelnen Erben des Gläubigers aus einer ererbten Stipulation derart gerade sein besonderes Interesse verfällt, welches von dem Interesse seiner Miterben sehr weit abweichen kann. Die ganz verschiedene rechtliche Lage der Erben des Gläubigers einer solchen Stipulation infolge derselben ist demnach höchst erklärlich. Ganz anders erscheint es, vom Standpuncte des gewöhnlichen Rechtes betrachtet, daß auch die rechtliche Lage eines einzelnen Erben des Promissor einer prätorischen Stipulation von der rechtlichen Lage seiner Miterben sehr

---

[46]) Nach l. 3. Cod. fam. ercisc. 3, 36. haben sie zur eignen Schadloshaltung auch das arbitrium fam. ercisc. Damit aber erlangt der einzelne nicht den ihm pro indiviso zustehenden Erbtheil am Besitze der Sache; es kann deshalb von einer Cession auch dieses Rechtsmittels an den Kläger nicht die Rede sein.

[47]) Vgl. im allgemeinen Schirmer, S. 198 f., der das letzterwähnte Verhältniß nicht berücksichtigt. — Die Cession der Klagen gegen den mehr als seinen Erbantheil besitzenden Erben ist nicht ohne praktische Bedeutung, sofern derselbe sein Anrecht auf die Sache vom gemeinsamen Erblasser herleitet: es kömmt nämlich alsdann auf den Beweis des Eigenthums an jenem plus für den Kläger nicht an. Und dies wird wichtig, wenn der Kläger sein Eigenthum an der streitigen Sache gegenüber diesem Erben überhaupt nicht zu begründen vermag, was er rücksichtlich des Theiles der Sache immer muß, der dem Erbtheile dieses Erben entspricht.

[48]) Schirmer, S. 199. med.

verschieden sein kann. Die Fassung dieser Stipulation gebietet das niemals; der allgemeinen Regel des Rechtes läuft es zuwider. Denn diese Regel verlangt es ohne Frage, daß infolge des Erbganges die rechtliche Lage aller einzelnen Erben als solcher unter sich gleichartig sei. — Dies ist der zweifellose Sinn der Worte: quamvis possit dici, ex persona heredum promissoris non posse descendentem a defuncto stipulationem diversam conditionem cujusque facere[49]).

Soviel einstweilen von dem eigenthümlichen Zerspalten prätorischer Stipulationen auf quanti ea res erit unter mehrere Subjecte. Wir erinnern jetzt an das, was wir im §. 13. S. 97 f. bemerkt haben über den Gegensatz der prätorischen Stipulationen, quae (individuam) rei restitutionem, und derjenigen, quae incertam quantitatem continent. In der l. 2. §. 2. cit. wird, wie erwähnt, jenes scindere als allgemeine Regel dieser zweiten Classe von Stipulationen angegeben. Die Stipulationen auf quanti ea res erit machen hiervon jedoch nur eine Kategorie aus. — Eine zweite Kategorie sind die oben bereits genannten Stipulationen, welche zwar an sich auf etwas Untheilbares abgestellt sind, aber nicht eher ausgeklagt werden können, als bis mit der Unmöglichkeit jener Leistung an deren Stelle die Prästation des Interesse getreten ist. Hierin gehört namentlich die eine Form der cautio judicii sisti[50]). Diese Obligation vererbt sich

---

[49]) Man hat diese Worte bisher immer misverstanden. Wir schweigen von der Auffassung, wonach Paullus darin seiner vorgängige. Bemerkung über das scindere eine Beschränkung hinzufüge. S. darüber Schirmer, S. 184 f. Dann aber hat man gemeint, es sei die Rede von einer verschiedenen rechtlichen Lage der Erben einer- und des Erblassers anderseits rücksichtlich der Theilung der Bedingung. S. Glossa ad h. l. v. diversam]. Cujac. Obs. XXV. cap. 19. und fast gleichlautend ad Paull. lib. 73. ad ed. ad h. l. — v. Scheurl, l. c. p. 83 sq. und Schirmer, S. 184. verstehen die fraglichen Worte so, als ob darin gesagt sei, die rechtliche Lage des Gläubigers könne durch die Beerbung seines Schuldners nicht schlechter werden. v. Scheurl verändert deshalb auch das cujusque in cujusquam. — Cujusque steht für uniuscujusque (sc. heredis), wie quisque öfter für unusquisque steht. Vgl. z. B. l. 55. pr. D. de adm. tut. 26, 7. l. 1. §. 10. D. de tut. 27, 3. l. 18. §. 5. D. de damn. inf. 39, 2. l. 5. Cod. arbitr. tut. 5, 51. — l. 11. §. 2. D. de jurisd. 2, 1 und l. 31. §. 10. i. f. D. de aed. edict. 21, 1. wo Haloander statt unusquisque quisque liest u. s. w. — Der cod. Rehdigeran. hat nach Gebauer cujuscunque, was offenbar verkehrt ist.

[50]) S. §. 13. Note 1.
Ferner gehören hierher die cautiones aediliciae wegen der Gewährsfehler.

regelmäßig activ und passiv[51]). Das ist nun ohne weiteres klar und nichts Besonderes, daß jeder Erbe des Stipulator eben nur sein Interesse daraus einfordern kann. Umgekehrt aber wird auch der einzelne Erbe des Promissor, ganz unabhängig von seinen Miterben, genau nach dem Maße aus dieser vererbten Caution aufzukommen haben, in welchem die Verpflichtung seines Erblassers, der die Caution veranlassenden Klage zu stehen, auf ihn übergegangen ist. Es ist freilich einleuchtend, daß, wenn die Klage selber nicht auf den Erben als solchen übergeht, aus der cautio judicio sisti die Erben überhaupt nicht verpflichtet werden[52]). Eine Verschiedenheit in der Haftung der einzelnen Erben aus dieser Caution kann also nicht etwa dadurch herbeigeführt werden, daß der eine von ihnen den Besitz der Sache, worauf die Passivlegitimation beruht, in solidum, die andern ihn gar nicht haben. Wohl aber wird eine Verschiedenheit jener Haftung für die einzelnen dadurch bewirkt werden können, daß der eine sich ordnungsmäßig stellt, oder, sei es durch Abfindung mit dem Kläger, sei es aus irgend einem andern Grunde, von der Verpflichtung, sich zu stellen, befreiet erscheint[53]), — während ein andrer Erbe sich ohne Entschuldigung nicht stellt[54]). — Für eine ursprüngliche Mehrheit von

---

(l. 1. §. 1. l. 28. D. de aed. edict. 21, 1.) l. 16. §. 2. i. f. l. 31. l. 32. D. de evict. 21, 2. u. s. w.

[51]) l. 10. §. 2. D. si quis cautt. 2, 11.

[52]) l. 10. §. 2. cit. Selbst wenn man nicht der Ansicht beitreten will, daß das vadimonium, wofür in Justinians Compilation stets cautio judicio sisti gesagt ist, nur dazu gedient habe, den Beklagten zum Erscheinen in jure zu nöthigen — s. Hartmann, Contumacialverf. Beilage II. —: so ist doch wenigstens zuzugeben, daß wir keinen Quellenbeleg dafür haben, daß eine cautio judicio sisti auch zu dem Zwecke vorgekommen, das Erscheinen in judicio zu bewirken. — Rudorff, Rechtsgesch. Bd. 2. §. 64. Anm. S. 214 f. v. Keller, Civilpr. §. 47. S. 195 f. — Wir können deshalb das Eingehen auf diese Möglichkeit uns gewiß ersparen.

[53]) S. l. 2. l. 4. pr. — §. 3. l. 5. l. 6. l. 7. D. 2, 11.

[54]) Besondere Erwähnung verdient noch der Fall, wo der Erblasser ex noxali caussa für einen Sclaven die Caution bestellt hat. Hier wird jeder Erbe aus der Caution in solidum verpflichtet sein, wie ja auch der einzelne Miteigenthümer des Sclaven in solidum zu caviren hätte. l. 4. D. si ex nox. caussa. 2, 9. Wenn nun einer der Erben die Schuld daran trägt, daß der Sclave nicht gestellt wird, so muß jeder der Miterben dafür haften — arg. l. 2. §. 9. l. 3. D. si quis cautt. 2, 11. —, hat aber sowohl mit einer besondern actio in factum — l. 3. cit. —, als mit der fam. ercisc. actio seinen Regreß. Andre Entschuldigungsgründe sind auch hier für die einzelnen Erben möglich. l. 7. D. 2, 11. — Vgl. l. 25. §. 15. D. fam. ercisc. 10, 2.

Schuldnern ergiebt sich das scindere der Verpflichtung übrigens schon in Gemäßheit dessen, was in den §§. 11. und 14. über die gewillkürten Obligationen der gleichen Art in dieser Beziehung gesagt ist[54a]). Denn niemand kann eine fremde Handlung als solche ohne weiteres gültig versprechen; und eben deshalb schon kann der einzelne Promissor hier nur soweit obligirt sein, als sein Versprechen seine eignen Facta angeht.

Neben den beiden Classen prätorischer Stipulationen auf eine incerta quantitas und auf eine untheilbare rei restitutio steht noch eine dritte Classe. Es sind das solche Stipulationen, kraft deren gleichfalls eine rei restitutio, aber eine theilbare Leistung, geradezu versprochen ist. In dieser Weise scheint z. B. die cautio, quanto amplius, quam ex lege Falcidia etc. — öfter gefaßt worden zu sein [55]). Falls aus diesen Stipulationen geklagt werden kann, während die Naturalleistung noch möglich ist, sind sie allerdings keine bedingte Obligationen. Es bedarf gleichwohl keiner Auseinandersetzung, daß bei ihnen eben dieselben Grundsätze rücksichtlich der Theilung eintreten, welche in l. 11. §. 6. l. 32. §. 2. D. 35, 2. und in l. 1. §. 3. D. 35, 3. citt. ausgeführt werden: um so weniger, da in keiner dieser Stellen gerade die Fassung auf quanti ea res erit vorausgesetzt wird. —

So gewiß wir in der Beurtheilung der bisher besprochenen prätorischen Stipulationen sind, so zweifelhaft erscheint es uns dagegen, ob rücksichtlich mehrerer Schuldner eine gleiche Behandlung endlich auch bei solchen, bedingt gefaßten, prätorischen Stipulationen eintrete, welche auf eine certa pecunia abgestellt sind [56]). Was eine Mehrheit von Gläubigern aus solchen Stipulationen betrifft, die hier freilich wohl kaum anders als durch Erbgang entsteht, so dürfte es zweifellos sein, daß jeder einzelne von der versprochenen Summe, ganz ebenso wie bei den Conventionalstipulationen mit poena, nur die auf ihn fallende (Erb=) Quote einfordern kann, — sofern er nämlich überhaupt Interesse an dem principaliter geleisteten Versprechen hat [57]). Aber auch für die Theilung unter mehrere Schuldner möchte ich hier die Regel der gewillkürten

54a) S. oben S. 73 f. 107 f.

55) l. 2. D. h. t. 35, 3. (Paull. lib. 75. ad edict.) etiamsi, quanti ea res sit, promisit.

56) S. oben Note 7.

57) l. 2. §. 6. l. 4. §. 1. D. de V. O. 45, 1.

Poenalstipulationen annehmen. Dies scheint mir der Sinn der l. 6. D. de praet. stipp. 46, 5. (Paull. lib. 14. ad Plautium.)

> In omnibus praetoriis stipulationibus, in quibus primo fieri aliquid, deinde si factum non sit, poenam inferimus: poenae nomine stipulatio committitur.

Ein Unterschied zwischen den so gefaßten prätorischen und den entsprechenden gewillkürten Stipulationen würde dann, nach dem Wesen der erstern, nur darin zu finden sein, daß mit dem Hinwegfallen der gesammten rechtlichen Veranlassung der prätorischen Stipulation die Strafe überhaupt nicht verfiele, wenigstens die Klage darauf mittels einer doli exceptio zurückgeschlagen werden könnte. Nehmen wir z. B. an, jemand habe sub poena versprochen, sich einer Injurienklage halber vor dem Prätor zu stellen, versterbe aber vor der L. C.[58]. Dann brauchen seine Erben, weil gegen sie die actio injuriarum nicht gerichtet werden kann, die poena aus der Caution ohne Zweifel nicht zu bezahlen.

Ein Mehreres über diese Fassung unsrer nothwendigen Stipulationen dürfte sich schwerlich mit annähernder Sicherheit sagen lassen. —

Nachdem wir somit die allgemeinen Regeln über die Theilbarkeit und die Theilung der prätorischen Stipulationen haben kennen lernen, bleibt uns noch übrig, einige Quellenaussprüche über die Theilung bei einzelnen solcher Stipulationen genauer ins Auge zu fassen. Insbesondere finden sich über die (ädilicische) cautio duplae mehrere Aeußerungen römischer Juristen, welche bisher der Interpretation fast unüberwindliche Schwierigkeiten entgegengestellt haben.

Wir betrachten zunächst, was über die Theilung dieser Caution auf passiver Seite gesagt wird. Es wird hierbei zweckdienlich sein, daran zu erinnern, daß die Theilung einer prätorischen (oder ädilicischen) Stipulation unter mehrere Erben des Promissor sich nach dem Maße bestimmt, worin dasjenige Verhältniß, welches als Voraussetzung jener Stipulation erscheint, auf die einzelnen Erben sich vertheilt. Hiernach ist es klar, daß, wo dieses Verhältniß unter die einzelnen Erben sich überhaupt nicht theilt, vielmehr als ein ungetheiltes auf alle sich gleichmäßig bezieht, die Wirkung der Stipulation für alle

---

[58]) cf. l. 10. §. 2. cit. D. si quis cautt. 2, 11. Auf das post longum tempus, das für post rerum actum interpolirt ist, brauche ich hier nicht einzugehen.

ganz gleichmäßig sein muß. Verfällt aber weiter eine solche Stipulation auf eine theilbare Leistung, so ergiebt sich, daß diese Leistung alsdann pro portionibus hereditariis den einzelnen Erben obliegt. — Setzen wir nunmehr den Fall, daß jemand eine Sache verkauft, tradirt und für ihre Eviction die dupla promittirt hat. Es ist gar kein Grund vorhanden, weshalb hier der einzelne seiner mehreren Erben, und dieser einzelne ausschließlich, für die Eviction gerade einer bestimmten, seinem Erbtheile entsprechenden, Quote der bereits vom Erblasser tradirten Sache haften sollte. Ganz anders wäre es, wenn der Erblasser selber nur den Verkauf abgeschlossen hätte, und seine Erben den verkauften Gegenstand erst tradiren müßten. Hier tradirte nämlich ein jeder Erbe als solcher gerade nur eine seinem Erbtheile entsprechende Quote vom juristischen Besitze der verkauften Sache und hätte schließlich, sei es aus der obligatio venditi an sich, sei es aus der stipulatio duplae[59]), gerade nur für die Eviction dieser Quote aufzukommen[60]). In jenem erstern Falle, da bereits der Erblasser tradirt hat, trifft also die Eviction, sei es der ganzen Sache, sei es nur eines Theiles derselben, gleichmäßig alle Erben: und in die Zahlung der dupla theilen sie sich nach Erbquoten. — Eine regelmäßige Voraussetzung jedoch des Evictionsanspruches bildet die litis denuntiatio an den auctor; und weil nun hier jener Anspruch alle Erben trifft, so muß ihnen allen denuntiirt[61]), und sie alle aufgefordert werden, im Evictionsprocesse die Vertheidigung der streitigen Sache, soweit dieselbe angegriffen ist, also in solidum, zu übernehmen. Ist dies vonseiten des Käufers geschehen: so haben, der Regel nach, alle einzelnen Erben, ein jeder pro rata hereditaria, an der Leistung der dupla theilzunehmen, soweit dieselbe infolge der geschehenen Eviction verfällt. Dies ist völlig zweifellos, wenn keiner von ihnen zur Defension erschienen ist, der Käufer aber seinerseits den Proceß ord-

[59]) Wir könnten uns denken, daß diese schon vom Erblasser, also vor der Tradition, eingegangen sei, wobei dann nur die Bedingung der Tradition in die Stipulationsformel gesetzt sein müßte. Ganz zweifellos ist die Behauptung im Texte, wenn wir annehmen, daß erst bei der Tradition, hier also von jedem einzelnen Erben für sich, die dupla promittirt worden sei, — was wohl das Gewöhnlichere war.

[60]) Vgl. über die indivisa venditionis natura im erstern Falle Ribbentrop, S. 218 f. Schirmer, S. 190.

[61]) Vgl. Ribbentrop, S. 221 f.

nungsmäßig, jedoch unglücklich, durchgeführt hat[62]). Ebenso, wenn auf die Litisdenuntiation alle Erben erschienen sind und die Defension pflichtmäßig, aber ohne Erfolg, geleistet haben[63]). Zweifelhaft aber hätte vielleicht die Haftung sämmtlicher Erben für die verwirkte dupla in dem Falle sein mögen, wo ein Theil derselben ausgeblieben, ein andrer erschienen, und nun nur ein ideeller Theil der streitigen Sache, etwa ein den Erbquoten der ausgebliebenen Erben des Verkäufers entsprechender Theil, evincirt worden war[64]). Es ist indessen hierin noch immer kein Grund gegeben, die evincirte Quote als eine solche anzusehen, für welche gerade die ausgebliebenen Erben haften müsten. Vielmehr bleibt auch hier die Regel in Kraft, daß bei der ungetheilten Beziehung des ganzen Gegenstandes der Eviction auf alle einzelnen Erben ein jeder derselben gemäß seinem Erbtheile für die Eviction aufzukommen hat[65]). — Wir ersehen übrigens zugleich aus

[62]) l. 55. pr. D. de evict. 21, 2. l. 29. §. 1. l. 56. §. 1. eod. — l. 17. Cod. h. t. 8, 45. vgl. Ribbentrop, S. 206 ff.

[63]) Die Modalität der Defension ist hier gleichgültig. Sie kann aber geschehen 1) in der Form der heutzutage s. g. accessorischen Intervention, so daß der Käufer die eigentliche Proceßpartei im Evictionsprocesse bleibt, die Erben des Verkäufers ihm nur assistiren; 2) so, daß die auctores den Proceß als Procuratoren des Käufers übernehmen. Dies braucht sich der Gegner sicherlich aber nur gefallen zu lassen, wenn dieselben wiederum einen gemeinsamen Procurator bestellen. arg. l. 5. §. 7. D. jud. solvi. 46, 7. — 3) so, daß die Auctoren den Proceß in eignem Namen übernehmen, der Denuntiant ganz ausscheidet, — was mit Einwilligung des Klägers möglich ist. Vgl. l. 63. D. de re jud. 42, 1. (verb.: Scientibus etc.) l. 4. §. 3. D. de appell. 49, 1. S. Ribbentrop, S. 201. Note 5. Auch hier werden sie einen gemeinsamen Procurator bestellen müssen, der übrigens hier wie dort einer aus ihrer Mitte sein kann.

[64]) Wenn der erschienene Theil der Erben eine Quote der streitigen Sache von vornherein dem Evincenten preisgegeben, und auch der Käufer selber diese Quote nicht ordnungsmäßig vertheidigt hätte: so würde selbstverständlich die dupla zu dieser Quote für die nicht erschienenen Erben der Regel nach gar nicht verfallen sein. S. Note 62. Damit also die Eviction auch nur einer Quote die nicht erschienenen Erben binde, muß auch diese Quote überhaupt gehörig vertheidigt sein. Mithin haben wir uns zu denken, daß die erschienenen Denuntiaten die Defension in solidum übernehmen. — S. auch Ribbentrop, S. 210 f. Dies ist es auch wohl, was v. Keller, Pandekten S. 483 sub 5 meint, wenn er sagt: — „Die Solidarität schwindet bis auf subsidiäre Haft herab."

[65]) Die innere Gerechtigkeit dieser Entscheidung tritt namentlich dann sehr deutlich heraus, wenn wir annehmen, daß die ausgebliebenen Erben gerade deshalb ausgeblieben sind, weil sie die Erfolglosigkeit ihres Erscheinens im Evictionsprocesse vorhersahen.

dieser ganzen Auseinandersetzung, daß für die gefundene Entscheidung durchaus nichts ankömmt auf den Charakter der duplae stipulatio als einer stipulatio necessaria. Genau die gleiche Beurtheilung muß vielmehr auch dann statthaben, wenn, bei übrigens gleichen Voraussetzungen, die dupla weder wirklich promittirt worden ist, noch gewissermaßen als promittirt fingirt werden kann[66]), sondern die Haftung für die Eviction lediglich aus der venditi obligatio als solcher hergeleitet wird. Und so lassen es denn zwei von den Quellenstellen, die wir hier im Auge haben, völlig unentschieden, ob sie reden von der allgemeinen Verpflichtung für die Eviction einzustehen, welche aus der obligatio venditi entspringt, oder von der ausdrücklichen Verpflichtung dazu, welche auf der promissio duplae beruht[67]). — Die dritte Stelle aber, welche ausdrücklich von der duplae obligatio spricht, gründet ihre Entscheidung so wenig auf den Charakter dieser Obligation, daß sie dieselbe sogar expressis verbis stützt auf die indivisa venditionis natura, d. h. eben darauf, daß der Gegenstand der Eviction nicht nach bestimmten, den Erbtheilen entsprechenden, Quoten, sondern ganz und ungetheilt den sämmtlichen einzelnen Erben gegenüber steht. — Wir lassen nunmehr die Stellen selbst folgen.

l. 139. D. de V. O. 45, 1. (Venulejus lib. 6. stipulat.)

> Quum ex caussa duplae stipulationis aliquid intendimus, venditoris heredes in solidum omnes conveniendi sunt, omnesque debent subsistere, et quolibet eorum defugiente, caeteris subsistere nihil prodest: quia in solidum defendenda est venditio, cujus indivisa natura est. sed quum uno defugiente omnes defugisse videantur, ideoque omnes teneantur, unicuique pro parte hereditaria praestatio incumbit.

l. 85. §. 5. D. eod. (Paullus lib. 75. ad edictum.)

---

66) S. Ribbentrop, S. 219 f. — Paull. R. S. I; 17, 2. l. 2. D. de evict. 21, 2. l. 31. §. 20. D. de aed. edict. 21, 1.

67) A. M. ist Ribbentrop, S. 220 ff. rücksichtlich der l. 62. §. 1. D. de evict. 21, 2, welche nach ihm nicht auf die duplae obligatio bezogen werden soll. Mir scheint eine solche Beziehung durch die Worte: una de evictione obligatio est — keineswegs ausgeschlossen. Denn diese Worte bedeuten gewiß nichts Anderes als die indivisa venditionis natura in l. 139. D. de V. O. 45, 1., welche doch ausdrücklich von der dupla spricht.

In solidum vero agi oportet [68]), et partis solutio affert liberationem, quum ex caussa evictionis intendimus. nam auctoris heredes in solidum denuntiandi sunt, omnesque debent subsistere, et quolibet defugiente omnes tenebuntur [69]). sed unicuique pro parte hereditaria praestatio injungitur.

l. 62. §. 1. de evict. 21, 2. (Celsus lib. 27. Dig.)
Si ei, qui mihi vendidit, plures heredes exstiterunt, una de evictione obligatio est, omnibusque denuntiari, et omnes defendere debent. si de industria non venerunt in judicium, unus tamen ex his liti substitit, propter denuntiationis vigorem et praedictam absentiam omnibus vincit aut vincitur, recteque cum caeteris agam, quod evictionis nomine victi sint.

Bemerkenswerth kann, nach unsrer bisherigen Erörterung, nur noch das sein, daß die beiden ersten Stellen die Haftpflicht der erschienenen Erben von dem Ausbleiben eines Miterben abhängig zu machen scheinen. Hat aber das sachliche Verständniß keine Schwierigkeit mehr, so erklärt sich auch diese Darstellung durch das analoge Beispiel der l. 85. cit. §. 6. D. de V. O. 45, 1. [70]). Wir haben uns nämlich zu denken, daß der regelmäßige Fall der Defension durch den Auctor der war, wobei dieser als Procurator des Käufers den Evictionsproceß übernahm. Und hierbei fand der Auctor, wenn er unterlag, den Evincenten, soweit das etwa anging, mit der Litisästimation ab, so daß er damit der Pflicht zur Zahlung der dupla an den Käufer auswich [71]).

---

68) Agere bezeichnet hier nicht, wie gewöhnlich, die gerichtliche Klage, sondern die Anforderung überhaupt, also namentlich den Anspruch auf die Defension mittels der litis denuntiatio. S. darüber Ribbentrop, S. 211 ff., vgl. l. 74. §. 2. D. de evict. 21, 2. — S. auch de Scheurl, l. l. p. 46. med.

69) Dies ist denkbarerweise zu verstehen: „wenn auch nur ein Theil der streitigen Sache, trotz ihrer Vertheidigung, evincirt wird." S. aber auch unten zu Note 72.

70) Item, si ita stipulatio facta sit: si fundus Titianus datus non erit, centum dari? nisi totus detur, poena committitur centum, nec prodest partes fundi tradere, cessante uno; quemadmodum non prodest ad pignus liberandum partem creditori solvi.

71) l. 21. §. 2. D. de evict. 21, 2. — Eine andre Frage aber bleibt es, ob der siegreiche Evincent hierauf einzugehen gezwungen war, oder ob er nicht vielmehr das ihm zuerkannte Eigenthum an der streitigen Sache dadurch geltend

Sind die Erben des Auctors nun alle, durch einen gemeinsamen Procurator, in dem Evictionsprocesse betheiligt, so wird ein jeder von ihnen partem hereditariam der Litisästimation aufzubringen haben. Fehlt aber in diesem Processe einer von ihnen, so dürfen die übrigen nicht etwa meinen, daß sie sich damit befreien, wenn sie auch jetzt nur ihre Erbtheile von der Litisästimation zahlen. Wollen sie nicht auch in dieser Beziehung die Defension in solidum übernehmen, indem sie zuvörderst eine ausreichende cautio judicatum solvi für die ganze Litisästimation bestellen: so braucht der Evincent sie als Defensoren nicht zuzulassen, weil sie non recte defendunt. Omnes ergo defugisse videntur[72]). Wie also der einzelne Erbe im Falle des §. 6. cit. die Strafe auch für sich nur dadurch abzuwenden vermag, daß er das ganze Eigenthum am fundus Titianus auf den Gläubiger überträgt: so müssen auch im Fall des §. 5. die erschienenen Erben, um die dupla auch für sich abzuwenden, dem obsiegenden Evincenten die ganze Litisästimation zu zahlen bereit sein[73]).

Weil schwieriger als diese Stellen, welche über die Theilung der duplae promissio unter die Erben des Promissor handeln, ist eine andere Stelle, deren Gegenstand namentlich die Theilung der dupla unter die Erben des Stipulator bildet. Wir meinen l. 4. §. 2. D. de V. O. 45, 1. (Paullus lib. 12. ad Sabinum.)

> Si is, qui duplam stipulatus est, decesserit pluribus heredibus relictis: unusquisque ob evictionem suae partis pro portione sua habebit actionem. Idemque est in stipulatione quoque fructuaria et damni infecti et ex operis novi nuntiatione; restitui tamen opus ex operis novi nuntiatione pro parte non potest. Haec utilitatis caussa ex parte stipulatorum recepta sunt.

---

machen konnte, daß er dieselbe dem sie besitzenden Käufer nöthigenfalls manu militari wegnehmen ließ. f. l. 68. D. de R. V. 6, 1., eine Stelle, deren Echtheit ich hier natürlich nicht untersuchen kann. Jedenfalls macht die pronuntiatio secundum actorem nicht blos gegen den defendirenden Auctor res judicata, sondern auch gegen den Erwerber, der den letztern wissentlich über sein Recht processiren läßt. S. l. 63. D. de re jud. (v. Scientibus etc.) 42, 1. — A. M. ist in Beziehung wenigstens auf den ersten Punct v. Scheurl, l. c. p. 45.

72) Bei der Auffassung heißen dann die Worte: caeteris subsistere nihil prodest — Es hilft ihnen nichts, daß sie dem Käufer beistehen wollen. S. Ribbentrop. S. 202. Note 8.

73) Ueber den Regreß s. oben §. 17. S. 126 ff.

Ipsi autem promissori pro parte neque restitutio neque defensio contingere potest.

Es scheint zur Erklärung dieser Stelle am zweckmäßigsten, von demjenigen auszugehen, was wir in derselben schon anderswoher zweifellos kennen. Dies ist insbesondere das Schicksal der cautio damni infecti, welche sich activ auf mehrere Erben vererbt hat. Auch von dieser Caution heist es in l. 2. §. 2. D. de praet. stipp. 46, 5. ausdrücklich: scindi eam in personas heredum. Sie wird so behandelt, als hätte ein jeder Erbe des Stipulator sie für sich selber erst abgeschlossen. — Solange die Erben das bedrohete Haus in Erbgemeinschaft besitzen, wird freilich der Betrag desjenigen Schadens, der an dem Körper des Hauses selbst angerichtet wird, im Verhältnisse ihrer Erbtheile unter sie getheilt sein. Aber schon unter dieser Voraussetzung ist es möglich, daß die Beträge der besondern Verluste, welche die einzelnen Erben bei Eintritt der gefürchteten Beschädigung erleiden, in einem ganz andern Verhältnisse zu einander stehen, als ihre Erbquoten. Die cautio d. i. bezieht sich nämlich auch auf die beweglichen Sachen, welche mit dem bedroheten Hause durch dieselbe Gefahr getroffen werden[74]). Wenn daher die mehreren Erben das bedrohete Haus gemeinsam bewohnen, ein jeder mit Möbeln, die ihm ausschließlich zugehören: so wird ein jeder von ihnen auch den Schadensersatz für seine Möbeln aus der Caution fordern. — Noch größere Verschiedenheiten unter den Ansprüchen, welche die einzelnen Erben aus der Caution erheben können, sind denkbar nach Auseinandersetzung ihrer Erbgemeinschaft auch am bedroheten Hause. Ist hierbei einem das ganze Haus zuertheilt, so ist dieser allein noch berechtigt, die Caution geltend zu machen, aber nicht blos für seinen Erbtheil des angerichteten Schadens, sondern für den Totalbetrag dieses Schadens. Aehnlich ist es, wenn, was nach den Umständen möglich ist, dem einen Erben der eine Flügel, dem andern Erben der andre Flügel des Hauses zu ausschließlichem Eigenthum zugetheilt ist[75]). Hier fordert ein jeder aus der Caution den vollen Betrag gerade desjenigen Schadens, welcher ihm für sein nunmehriges Sondereigenthum erwachsen ist[75a]). — Vergleichen wir damit die Aeußerung unsrer l. 4. §. 2.

[74]) l. 18. §. 6. D. de damn. inf. 39, 2.

[75]) Vgl. l. 15. §§. 13. 14. l. 38. §. 1. D. de damn. inf. 39, 2.

[75a]) l. 18. §. 5. D. h. t. 39, 2. steht dem keineswegs entgegen. Denn diese Stelle spricht von der Caution, die sich der Miteigenthümer des bedroheten Hauses von vornherein mit Rücksicht auf seinen Eigenthumsantheil an diesem

cit., welche wir für die cautio damni infecti etwa so zu ergänzen haben: Si is, qui de damno infecto stipulatus est, decesserit pluribus heredibus relictis, unusquisque ob damnum suae partis pro portione sua habebit actionem. Es erhellet jetzt sofort, daß die Worte pro portione sua in der Allgemeinheit, mit welcher sie hier stehen, keineswegs bedeuten können: pro portione hereditaria. Sie heißen schlechtweg: so viel ihn angehet, oder bei der auf quanti ea res erit lautenden cautio d. i. geradezu: soweit sein Interesse reicht. Ebenso klar ist es weiter, daß das suae partis unmöglich auf einen ideellen Theil, den Erbtheil des einzelnen am bedroheten Hause, bezogen werden kann: denn der ideelle Theil eines Hauses kann gewiß nicht beschädigt werden.

Ganz ähnlich ist die Sache mit der cautio ex operis novi nuntiatione. Wenn hier die Erben des Nuntianten und Stipulator das Grundstück, welches vermöge einer servitus urbana zur Nuntiation berechtigte, in ungetheilter Erbgemeinschaft noch in dem Augenblicke besitzen, in welchem infolge des Processes über jene Servitut der Nuntiat allen einzelnen Erben condemnirt worden ist[76]): so würden die Condemnationssummen, welche die einzelnen Erben erwirken, regelmäßig in dem Verhältnisse ihrer Erbtheile zu einander stehen müssen[77]), sofern nicht etwa die Feststellung dieser Summen durch verschiedene

Hause hat bestellen lassen. Hier würde die stillschweigende Erstreckung der Caution auch auf die übrigen Antheile, die der anfängliche Theileigenthümer später hinzuerwirbt, gegen den Wortlaut der Caution verstoßen. S. oben §. 13. Note 12. gegen Ende.

76) Mag dies nun in einem gemeinsam fortgesetzten Verfahren, also gleichzeitig, durch dieselbe Sentenz geschehen sein; oder aber, weil nur einer oder einige Erben den Servitutenproceß verfolgt haben, zunächst nur für diese, hernach aber, auf Grund der für alle wirkenden pronuntiatio secundum intentionem — vgl. l. 4. §. 3. D. si servit. vind. 8, 5. l. 31. §. 7. D. de neg. gest. 3, 5. verbunden mit l. 6. §. 4. D. si serv. 8, 5. —, in einem arbitrium litis aestimandae auch für die übrigen. arg. l. 6. §. 2. D. de confessis. 42, 2. s. §. 22. Note 15.

77) Die Besonderheiten des Interesse der einzelnen Miteigenthümer des praedium dominans, welche bei servitutes praed. rusticorum discontinuae sehr gewöhnlich sind, — vgl. oben §. 8. nach Note 12. —, werden bei servitutes praed. urbanorum kaum vorkommen. Diese erscheinen so durchaus als qualitates praediorum, daß sie den Werth einer jeden Eigenthumsquote verhältnißgleich erhöhen.

Richter, oder durch willkürliche juramenta in litem vonseiten der einzelnen Sieger [78]) eine Unverhältnißmäßigkeit hervorrufen könnte. Und mit der Condemnationssumme, die jeder einzelne erwirkt, ist zugleich auch der Betrag gegeben, den er aus der clausula judicati der stipulatio ex o. n. n. zu fordern hat [79]). — In entsprechender Weise würde auch, wenn der Nuntiat in dem Servitutenprocesse nicht boni viri arbitratu die Defension führte, allen Erben des Nuntianten die clausula ob rem non defensam verfallen [80]). — Wenn aber das, kraft seiner Servitut zur Nuntiation berechtigende, Grundstück einem der mehreren Erben des Nuntianten und Stipulator zuertheilt worden ist: so wird allein dieser im Servitutenprocesse und folglich auch aus der clausula judicati der stipulatio ex o. n. n. eine Forderung erlangen können, wie denn auch ihm allein die clausula ob rem non defensam zu verfallen vermöchte [80a]). — Weiter kann es denkbarerweise auch kommen, daß das, zur Nuntiation berechtigende, Haus reell unter mehrere Erben des Nuntianten und Stipulator getheilt worden ist. Dann wird auch aus materiellen Gründen eine Verschiedenheit der Condemnationssummen aus dem Servitutenprocesse für die einzelnen dieser mehreren Erben nothwendig erscheinen können. Ja, wenn hier nicht schon der Erblasser selber eine ihm günstige Pronuntiation erwirkt hatte, entstehen dann mehrere gegen einander rechtlich ganz und gar selbständige Processe. Es kann hier auch der Nuntiat den einen Erben rücksichtlich der Servitut gutwillig befriedigen, soweit dieselbe dem auf diesen gekommenen reellen Theile des ererbten Hauses anhaftet, etwa indem er die neue Mauer soweit niederreißt, als sie diesem Erben die Aussicht, das Licht verbauet, die Mauer dieses Erben belastet, in ihrer Vollendung für den Gebäudeantheil dieses Erben zu hoch ist u. s. w. Mit dem andern Erben dagegen kann er den Rechtsstreit fortsetzen. Und alsdann wird nur diesem letztern Erben die cautio ex o. n. n. committirt werden können, und zwar entweder ex clausula judicati oder aber ex clausula ob rem non defensam [80b]). — Vergleichen wir mit diesen Ergebnissen wiederum die Aeußerung unsrer l. 4. §. 2. cit. de V. O., welche wir

[78]) l. 7. D. si servit. 8, 5.

[79]) l. 12. D. de O. N. N. 39, 1. s. Schirmer, S. 78 f.

[80]) l. 21. §. 2. D. h. t. 39, 1.

[80a]) S. Wetzell, Syst. §. 6. Note 11.

[80b]) Vgl. auch l. 47. pr. D. fam. ercisc. 10, 2.

für die stipulatio ex o. n. n. etwa so zu ergänzen hätten: Si is, qui ex operis novi nuntiatione stipulatus est, decesserit pluribus heredibus relictis, unusquisque ob condemnationem propter suam partem vel ob rem pro sua parte non defensam pro portione sua habebit actionem. Es leuchtet auch hier ein, sowohl daß pro portione sua in dieser Allgemeinheit nicht heißen kann: pro portione hereditaria, sondern: soweit es ihn angehet; als auch daß sua pars nicht zu verstehen ist von einem idеellen, der Erbquote des einzelnen Erben entsprechenden, Theile an der, zur Nuntation berechtigenden und den Gegenstand des Haupt- und Vorprocesses ausmachenden, Urbanalservitut: ist ja ein solcher Theil schlechthin undenkbar.

Hier ist nun der Ort, auf eine weitere Bemerkung unserer l. 4. §. 2. cit. einzugehen, auf die wir bei einer andern Gelegenheit [81]) nur im allgemeinen hinweisen durften. Es sind dies die Worte:

> restitui tamen opus ex operis novi nuntiatione pro parte non potest.

Sie sagen zunächst, daß die im Vorhergehenden aufgestellte Behauptung sich nur auf dasjenige Formular der cautio ex operis novi nuntiatione beziehe, das auf quanti ea res erit lautet, nicht aber auf das andere Formular, kraft dessen geradezu die restitutio operis versprochen wird, und enthalten somit einen neuen Beweis dafür, daß in der That die in l. 21. §. 4. D. de O. N. N. erwähnte Alternative sich nicht auf die Fassung einer und derselben Stipulation bezieht, sondern auf die Wahl unter zwei verschiedenen Formularen der Caution, deren jedes je eine der beiden dort angegebenen Fassungen darbietet.

Es liegt aber in jenen Worten noch ein Mehreres, das wir in gleicher Weise nunmehr erblicken werden in derjenigen Aeußerung der l. 2. §. 1. D. de praet. stipp. 46, 5., welche wir im §. 13. a. E. noch unerörtert lassen mußten. Dort heißt es von der Fassung unserer Caution auf die rei restitutio:

> si — actor — decesserit pluribus heredibus relictis, uno vincente — totum opus restitui debebit; quamdiu enim aliquid superest, tamdiu non potest videri opus restitutum.

Auf die Naturalrestitution bezogen haben diese Worte allerdings

81) Zeitschr. für Civilr. u. Pr. N. F. Bd. 18. S. 116.

so wenig Schwierigkeit als diejenigen der l. 4. §. 2. cit. Allein blos darauf bezogen sind beide Aussprüche nicht nur sehr überflüssig, sondern, vermöge des Gegensatzes zwischen den verschiedenen Fassungen der prätorischen Stipulationen überhaupt, geradezu unpassend und sinnverwirrend. Denn es ist klar, daß auch bei der andern Fassung der Caution auf quanti ea res erit die restitutio operis, welche dort die negative Voraussetzung für das Verfallen der Stipulation bildet, ideell untheilbar ist. Wollte man aber etwa aus dem vorhin Bemerkten einwenden, daß bei dieser Fassung wenigstens unter Umständen die restitutio operis zu einem reellen Theile vorkommen könne: so müste man doch zugleich anerkennen, daß eine solche Restitution zu einem reellen Theile, unter den gleichen Voraussetzungen, jedenfalls genüge, den einzelnen Erben des Nuntianten auch bei der andern Fassung der Caution klaglos zu stellen, wenn derselbe schließlich auch hier nur sein besonderes Interesse zwangsweise zu erlangen vermag. Dieses gerade ist der Punct, auf den alles ankömmt. Und nun glauben wir dreist Folgendes behaupten zu dürfen. Jene Worte der l. 4. §. 2. wie der l. 2. §. 1. citt. müssen schlechthin so verstanden werden, daß, sobald die cautio auf die operis restitutio verfallen ist, und nicht das ganze opus restituirt wird, der einzelne Erbe des Nuntianten und Stipulator aus der Caution das Gesammtinteresse aller Erben an der Restitution fordern kann. Es liegt hier allerdings eine Incongruenz vor zwischen dieser Forderung und der Geldcondemnation, welche jener einzelne Erbe infolge des Hauptprocesses aus der Servitutenklage erwirkt: denn diese Condemnation geht nur auf sein besonderes Interesse [82]). Allein, wennschon es die Regel ist, daß die cautio ex o. n. n. aus der clausula judicati auf die expedita quantitas verfällt, worein der Nuntiat im Hauptprocesse condemnirt worden ist [83]): so finden wir doch eine genau entsprechende Ausnahme von dieser Regel ausdrücklich in den Quellen bezeugt. Wenn nämlich von vornherein mehrere, kraft gemeinschaftlichen Eigenthums zur Nuntiation berechtigte, Nuntianten dasind, so soll von diesen, falls sie sich über dessen Person zu einigen vermögen, nur ein einziger die cautio ex o. n. n. eingehen. Und zwar regelmäßig in der Fassung auf die operis restitutio. Es versteht sich dabei ohne Frage, daß die Condemnation aus dieser Caution auf das

---

82) l. 4. §. 3. D. si servit. 8, 5.

83) l. 12. D. de O. N. N. 39, 1. vgl. l. 9. D. jud. solvi. 46, 7.

Gesammtinteresse aller Nuntianten an der Restitution gerichtet werden muß, wie ja die rechtliche Nothwendigkeit der Condemnation für alle durch die pronuntiatio zugunsten des zur Nuntiation berechtigenden Grundstückes festgestellt worden ist[83a]). Ja, Ulpian nimmt eine Condemnation in das Gesammtinteresse aller Nuntianten auch dann an, wenn ausnahmsweise einmal der mit Uebereinstimmung der übrigen allein stipulirende Nuntiant das Formular der Caution auf quanti ea res erit gewählt hat[84]). — Der praktische Zweck dieses Verfahrens liegt in der Vereinfachung des Verhältnisses zwischen der nuntiirenden und der nuntiatischen Seite. Praetoriae stipulationes propter rem ipsam dantur. Und diese selbe Vereinfachung soll wo möglich auch da erzielt werden, wo eine Mehrheit von Subjecten auf nuntiantischer Seite erst durch Erbgang herbeigeführt ist. Es geht das aber sehr einfach, falls der Erblasser das Cautionsformular auf die operis restitutio gewählt haben sollte. Zieht der Nuntiat nicht, was er wohl gewöhnlich thun wird, die Naturalrestitution vor: so kömmt er doch immerhin mit einer einzigen Zahlung an die Person eines einzelnen Erben ab. Regelmäßig wird dieses derjenige Erbe sein, welcher den Hauptproceß über die Servitut führt. Und in diesem Processe mag man sich alsdann die Abschätzung vom Sonderinteresse des Klägers vielleicht gespart haben, da es, unter so bewandten Umständen, schließlich ja doch nicht auf dessen Beitreibung mittels der Geltendmachung der Caution ankömmt.

Als drittes Beispiel für die Theilung einer praetoria stipulatio unter die Erben des Stipulator finden wir in l. 4. §. 2. cit. aufgeführt die cautio usufructuaria. Wir ergänzen die Worte für diese Caution etwa so: Si is, qui cautionem usufructuariam stipulatus est, decesserit pluribus heredibus relictis, unusquisque ob non factam restitutionem suae partis, vel si sua parte fructuarius usus est non boni viri arbitratu, pro portione sua habebit actionem. — Die Restitution einer dem Nießbrauche unter-

---

83a) S. oben Note 76.

84) S. l. 21. §§. 6. 7. D. de O. N. N. 39, 1. und dazu Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. Bd. 18. S. 113 ff. — Vgl. Schirmer, S. 85., der aber von „Sachwerth der Restitution" im Gegensatze zum Interesse redet. Vgl. dagegen auch l. 12. D. h. t. 39, 1. — ferner l. 81. D. de V. S. 50, 16. (Paull. lib. 10. ad Plautium.) verbunden mit den Inscriptiones der l. 22. l. 21. D. de damn. inf. 39, 2. — auch Schirmer selbst, S. 78 ff. Fr. Mommsen, Interesse. S. 85.

worfenen Sache ist eine ideell untheilbare Leistung, weil sie sich nur auf die Detention bezieht. Ebenso ist das uti frui boni viri arbitratu etwas ideell Untheilbares, weil dasselbe eine Verfügung über die Substanz der Sache voraussetzt [85]). Es ergiebt sich somit ohne weiteres auch bei dieser dritten Caution, daß die Worte sua pars nicht einen ideellen, der Erbquote entsprechenden, Theil des einzelnen Erben an der dem Nießbrauche unterliegenden Sache bedeuten können. Wenn aber der Usufructuar deteriorirend wirthschaftet oder, nach Beendigung seines Rechtes, das Gut nicht restituirt: so wird zwar jeder einzelne Erbe des Eigenthümers aus der Caution sein Interesse fordern können, und dieses Interesse wird, bei ungetheilter Erbgemeinschaft, rein materiell bestimmt, regelmäßig zu dem Interesse der Miterben im Verhältnisse der Erbtheile stehen. Allein es hat hier keinen praktischen Sinn, zu reden von der Nichtrestitution, der schlechten Bewirthschaftung eines Theiles der dienenden Sache, und eines Theiles, der in einem besondern Bezuge zu einem einzelnen Erben steht, für diesen einzelnen Erben sua pars ist. Es kann demnach unsere Stelle nicht wohl etwas Anderes sagen wollen als dieses. Wenn bei der Erbauseinandersetzung dem einen Erben das ganze, einem fremden Nießbrauche unterworfene, Gut oder ein reeller Theil desselben zugetheilt worden ist: so hat er aus der cautio usufructuaria, welche der Erblasser eingegangen war, seinerseits wegen schlechter Bewirthschaftung oder Vorenthaltung dieses seines reellen Antheils einen Anspruch, soweit dieser Antheil ihn angehet, oder, wie wir hier auch sagen dürfen, soweit deshalb sein Interesse reicht. — Es ergiebt sich nämlich hieraus schließlich auch durch Vergleichung mit dem, was unsere Stelle über die verschiedenen Formulare der cautio ex o. n. n. bemerkt, daß die cautio usufructuaria auf quanti ea res erit lautet. Denn da die rei restitutio in dem Augenblicke, wo aus der Caution geklagt werden kann, regelmäßig noch möglich, ihr Inhalt aber untheilbar ist: so würde die Caution sonst, bei der Fassung auf die rei restitutio selbst, nach Analogie dieser Fassung der cautio ex o. n. n. beurtheilt werden müssen [86]).

Wir gelangen nun zur Erläuterung dessen, was in unsrer l. 4. §. 2. cit. über die cautio duplae gesagt ist, welche sich auf mehrere Erben vererbt hat. Wir setzen die Worte selbst hierher.

85) S. oben §. 13 zu Note 7—12.

86) S. oben §. 13. zu Note 12. — Die Fassung auf quanti ea res erit nimmt schon an Duaren. ad h. l. v. fructuaria.]

Si is, qui duplam stipulatus est, decesserit pluribus heredibus relictis, unusquisque ob evictionem suae partis pro portione sua habebit actionem.

Hier allerdings ließe sich zur Noth wohl ein Sinn in diese Aeußerung auch dann bringen, wenn man das suae partis von einem ideellen und das pro portione sua von dem Erbtheile des einzelnen Erben verstehen wollte. Man hätte sich nämlich zu denken, daß aus der ungetheilten Erbgemeinschaft an der gekauften Sache eine Quote evincirt werde, und zwar nicht ausschließlich einem Erben, sondern gleichmäßig allen. Alsdann hätte sich natürlich mit dem Ganzen der Antheil eines jeden Erben pro indiviso verhältnißmäßig gemindert; und jeder Erbe hätte wegen dieser Minderung in demselben Verhältnisse einen Anspruch aus der cautio duplae. Aber diese Interpretation wäre doch eben auch nur eine nothdürftige, und eine höchst nothdürftige. Denn wie unnütz wäre bei ihr die Hervorhebung einer evictio partis! und wie durchaus schief die Bezeichnung dieser pars vom Standpuncte des einzelnen Erben als einer sua pars! — Wollen wir aber, dieses Ausdruckes halber, die thatsächliche Voraussetzung unserer Stelle so denken, daß gerade nur einem einzelnen Erben der nach seinem Erbtheile auf ihn fallende ideelle Theil der vom Erblasser gekauften Sache evincirt worden sei: soll er da auch hier nur pro portione sua den daraus entspringenden Anspruch aus der duplae cautio geltend machen, — wenn nämlich pro portione sua soviel heißt als pro portione hereditaria? — Es ist ohne Frage, daß in dieser Auffassung der portio sua der Fehler aller bisherigen Interpretationsversuche steckt. Die richtige Auslegung davon kann uns nach den zuvor besprochenen Analogieen nicht mehr zweifelhaft sein. Die ganze Aeußerung des Juristen kann nichts Anderes meinen als dies. Jeder der Erben des stipulator duplae hat wegen der Eviction eines ideellen oder reellen Antheils der Sache aus der cautio duplae soweit einen Anspruch, als die Eviction ihn trifft. Dieser Satz gilt ganz ebenso für den Fall, da dem einzelnen Erben aus ungetheilter Erbgemeinschaft gerade seine Quote der Sache, völlig oder zum Theile, evincirt wird, als auch dann, wenn ihm das reelle Stück [86a]),

---

[86a]) Pars steht nicht selten, um den, durchaus nicht aliquoten, Antheil zu bezeichnen, der auf eine mehrerer Personen, welche eine gemeinsame Beziehung zu irgend einem Objecte haben, von diesem Objecte fällt. S. z. B. l. 4. D. de adm. tut. 26, 7. l. 12. D. rem. pup. 46, 6 u. s. w.

vielleicht die ganze Sache, evincirt wird, welches ihm bei der Erbauseinandersetzung zuertheilt worden ist [87]).

Unsere l. 4. §. 2. enthält danach eine Reihe von besonderen Belegen für das scindi prätorischer Stipulationen unter die mehreren Erben des Stipulator. Für einen jeden einzelnen dieser Erben [88]) wird die ererbte Stipulation so behandelt, als hätte er sie selber erst für seine eigenthümlichen, aus der Erbfolge unmittelbar oder mittelbar sich ergebenden, Verhältnisse abgeschlossen: — genau der Satz, von dem wir bei unserer Betrachtung ausgegangen sind. Seine große praktische Bedeutung liegt auf der Hand. Durch ihn werden eine Menge von Weitläufigkeiten in Cession und Translation von Klagen einfachst beseitigt, welche die Regel des gewöhnlichen Rechtes erheischen würde. Insofern hat es ganz allgemein seinen guten Sinn, wenn Paullus sagt: haec utilitatis caussa ex parte stipulatorum recepta sunt [89]). Denn als eine Abweichung vom gewöhnlichen Rechte ist dies scindi sicherlich auch bei denjenigen prätorischen Stipulationen anzusehen, welche auf das Interesse lauten. Bei Conventionalstipulationen der Art würde zwar natürlich das individuelle Interesse eines jeden einzelnen Erben auch in Frage kommen, aber

---

[87]) Damit wird denn allerdings die Verpflichtung zur Evictionsleistung, wie sie infolge von Erbauseinandersetzungen rücksichtlich derjenigen Gegenstände vorkommt, welche einem Erben zugetheilt werden — l. 7. Cod. comm. utr. jud. 3, 38. l. 66. §. 3. D. de evict. 21, 2. vgl. l. 14. Cod. fam. ercisc. 3, 36. —, ihre praktische Wichtigkeit zum grösten Theile verlieren für solche Sachen, deren wegen dem Erblasser die dupla versprochen ist. Aber überflüssig wird sie auch hier noch keineswegs erscheinen, wenn man nur bedenkt, daß die ädilicische cautio duplae eine nuda promissio ist. l. 1. §. 8. D. de praet. stipp. 46, 5.

[88]) Dies ist die Bedeutung des unusquisque, vermöge dessen ein ganz besondrer Nachdruck auf die individuellen Verhältnisse des einzelnen gelegt wird. Vgl. z. B. l. 21. §. 7. D. de O. N. N. 39, 1. l. 11. §. 6. i. f. D. ad leg. Falcid. 35, 2. l. 5. §. 7. D. jud. solvi. 46, 7. l. 3. §. 11. D. uti possid. 43, 17. l. 39. §. 4. D. fam. ercisc. 10, 2. l. 31. §. 10. D. de aed. edict. 21, 1. l. 12. D. de evict. 21, 2. l. 4. D. de adm. et per. 26, 7. l. 18. D. de H. v. A. V. 18, 4. l. 2. Cod. de divid. tut. 5, 52. l. 14. §. 2. D. de servo corr. 11, 3. l. 1. Cod. si unus ex plur. hered. 8, 32. Gaj. IV. §. 160. = §. 7. J. de interd. 4, 15. l. 1. §. 43. D. dep. 16, 3. l. 3. §. 15. D. commod. 13, 6. l. 60. §. 2. D. mand. 17, 1. u. s. w.

[89]) Diese Bemerkung ist eine wahre crux interpretum bis auf die neueste Zeit gewesen. Auf Einzelnes einzugehen überlassen wir aber gern literarischen Curiositätensammlern. Vielleicht am rationellsten noch ist Ant. Faber zu Werke gegangen, der den Satz als falsches Glossem kurzum ausmerzt. Conject. lib. 3. cap. VIII. Nro. 6.

immer nur, soweit die thatsächlichen Voraussetzungen, welche den Verfall des Interesse bedingen, kraft unmittelbarer Erbfolge diesen Erben treffen. — Für die cautio duplae insbesondere aber, von welcher die l. 4. §. 2. vorzüglich redet, hat jene utilitas noch ihren weitern Sinn. Bei den übrigen Stipulationen nämlich läst sich mittels der prätorischen Interpretation des quanti ea res erit als des Interesse, welches in den eigenthümlichen Verhältnissen des einzelnen Erben überhaupt verwirkt wird, immerhin sagen: dieses scindi entspricht durchaus der Wortfassung der Stipulation und insofern fit summa ratione. Allein bei der cautio duplae bezeichnet das quanti ea res est gar nicht das Interesse, sondern den Kaufpreis; und hier findet jene prätorische Interpretation daher so wenig als diese summa ratio statt. —

Zum Beschlusse bleibt endlich noch die Erklärung der Worte:
Ipsi autem promissori pro parte neque restitutio neque defensio contingere potest.

Sie sagen im allgemeinen, daß der einzelne Stipulator von seinem Schuldner keine theilweise Leistung anzunehmen braucht. Insbesondere bezieht sich die restitutio auf die cautio fructuaria, so daß danach der Eigenthümer verlangen kann, daß ihm das, bisher einem Nießbrauchsrechte unterworfene, Gut im ganzen, nicht parcellenweise, zurückgegeben werde [89a]). Auf die cautio ex o. n. n. bezogen giebt dies dagegen keinen rechten Sinn, man mag nun das eine oder das andere Formular jener Caution im Auge haben. Denn es ist nicht nur klar, daß bei der schließlichen Abschätzung des Interesse, worauf der Nuntiat stets allein verurtheilt werden kann, eine blos begonnene Restitution stets mit berücksichtigt werden muß, soweit sie an sich schon für den Nuntianten Bedeutung hat [90]); sondern es hat auch der Nuntiant meist gar nicht die rechtliche Möglichkeit, eine blos theilweise Restitution als solche zu hindern. Aehnlich wäre es, wenn man etwa die restitutio auch von der Reparatur eines baufälligen Hauses verstehen wollte gegenüber der cautio damni infecti. — Die defensio aber ist zu verstehen von der Proceßführung in dem Servitutenprocesse, worauf sich die cautio ex o. n. n. bezieht. Der Nuntiat defendirt non boni viri arbitratu, wenn er etwa sagen wollte: „für diese 20 Fuß Länge habe ich das Recht höher zu bauen

---

89a) Unzulässigkeit der Theilzahlung. S. Beilage II. Note 55.
90) A. M. scheint Schirmer, S. 189. Note 3.

durch Schenkung zurückerworben, für jene weitern 30 Fuß habe ichs zurückgekauft; ich will zunächst einmal den ersteren Punct gegen deine Servitut erweisen", — und nun mit der Verhandlung hierüber den Proceß hinschleppte. Es verfiele dann die cautio ex o. n. n. aus der clausula ob rem non defensam in solidum [90a]). Ebenso kann die defensio verstanden werden von der cautio damni infecti, deren Bestellung gewissermaßen als defensio des bedrohlichen Grundstückes angesehen wird [90b]). Es soll hier der Eigenthümer, der zur vollständigen Sicherheitsleistung verpflichtet ist, den Cautionsberechtigten nicht zwingen können, sich mit der Caution pro parte zu begnügen, wie sie ein Theileigenthümer zu bestellen hätte. — Rücksichtlich der duplae stipulatio hingegen ist eine defensio pro parte indivisa immer zulässig. Es ist zweifellos, daß der Verkäufer, zur Defension gegen eine Vindication der ganzen Sache aufgefordert, befugt ist zu erklären: „Zur einen Hälfte muß ich das Eigenthum des Evincenten anerkennen; ein Processiren hierüber würde nutzlos sein." Gelingt es ihm dann, für die andere Hälfte die Eviction in irgend einer Weise abzuwenden, so ist zu dieser Hälfte die dupla nicht verfallen. Und ähnlich würde es bei einem verkauften Grundstücke auch rücksichtlich einer defensio pro parte divisa sein.

Ganz verkehrt ist es, das ipsi promissori z. B. mit Cujacius [91]), als stünde: ex parte promissoris — von mehreren Erben des Promissor zu verstehen. —

Zweite Unterabtheilung.

Die Untheilbarkeit bei den freien Obligationen.

§. 20. Einleitung.

Die früheren Bearbeiter der Lehre von den untheilbaren Obligationen sind keineswegs einig darüber, ob der Unterschied der obligationes strictae einerseits und derjenigen Obligationen anderseits, welche mit s. g. freien Klagen geltend gemacht werden, auch auf die Theilbarkeit und auf die Theilung der einzelnen Schuldverhältnisse maßgebenden Einfluß habe.

90a) S. oben Note 42b. S. 186 f.

90b) S. z. B. l. 9. pr. l. 4. §. 6. D. h. t. 39, 2.

91) ad h. l. i. f. vgl. oben S. 152 f. S. 171 f.

Es leugnet z. B., gegenüber älteren Juristen, einen solchen Einfluß aufs entschiedenste Molinäus [1]). Nicht minder spricht von Savigny dem formellen Rechte, namentlich der besondern Natur der Stipulation jeglichen derartigen Einfluß auf die Behandlung der untheilbaren Obligationen ab [2]). Ebenso ist von Scheurl der Ansicht, daß der Regel nach die allgemeine Natur der Obligation als einer strengen oder einer freien auf deren Theilung oder Nichttheilung nicht wirke. Eine Ausnahme behauptet er jedoch für den Fall der Obligationen auf ein positives Thun, welche, nach seiner Meinung, wenn sie stricti juris sind, stets untheilbar wären [3]). — Auch von Vangerow will einen Unterschied rücksichtlich der Theilbarkeit oder Untheilbarkeit jener beiden genera obligationum nicht einräumen [4]).

Dagegen behauptet neuerdings namentlich Rubo, daß zwar im allgemeinen die für die Theilbarkeit der obligationes strictae aufgestellten Grundsätze auch bei den freien Obligationen Anwendung fänden, jedoch nur solange, als für den einzelnen Fall die Billigkeit nicht ein Anderes forderte [5]). Für diese letztere Classe von Obligationen aber, meint er, lasse sich hinsichtlich der Theilbarkeit und Untheilbarkeit kein durchgreifender Grundsatz angeben.

Zuvörderst ist nun das gewiß einzuräumen, daß die Theilbarkeit oder die Untheilbarkeit des ursprünglichen Gegenstandes einer Obligation durchaus unabhängig ist von dem formellen Charakter dieser Obligation. Sie beruht lediglich auf der allgemeinen rechtlichen Möglichkeit oder Unmöglichkeit einer quotenweisen Erfüllung der Obligation [6]). — Wir haben in der That in der ganzen bisherigen Untersuchung über die Untheilbarkeit bei den obligationes stricti juris diesen Grundsatz stets bewährt gefunden. Und von selbst versteht es sich, daß die allgemeine rechtliche Unmöglichkeit einer quotenweisen

---

[1]) Labyr. div. et ind. P. II. Nro. 194. (l. c. p. 146.) Nro. 237. (p. 151. sq.) P. III. Nr. 197. (p. 233.) — Vgl. z. B. Bartol. ad l. 4. §. 1. D. de V. O. Nro. 3., wo behauptet wird, die obligatio rem restitui sei nur ex negotio b. f. in solidum gegen denjenigen mehrerer Schuldner gerichtet, der die facultas restituendi hat.

[2]) Obl.-R. Bd. 1. §. 32. S. 332 f. §. 36. S. 374 ff.

[3]) l. c. p. 107 sq. vgl. das. p. 80 sqq. oben §. 17. S. 133 ff.

[4]) Lehrb. Bd. 3. §. 567. Anm. 2. S. 15 f.

[5]) a. a. O. S. 203 ff.

[6]) So möchte ich lieber sagen statt: „auf natürlichen Gründen der Unmöglichkeit, die Leistung in Theile zu zerlegen.“ S. v. Savigny, Obl.-R. Bd. 1. S. 332 f.

Theilung des Leistungsgegenstandes nicht geändert zu werden vermag durch den freien Charakter der einzelnen Obligation, kraft welcher jener Gegenstand geschuldet wird.

Insofern also hat ohne Frage die herrschende Meinung darin recht, daß der formelle Charakter der Obligationen für die Hervorbringung ihrer Theilbarkeit oder Untheilbarkeit gleichgültig ist.

Eine andre Erwägung aber ist es, inwiefern der strenge oder der freie Charakter einer, vermöge ihres ursprünglichen Leistungsobjectes untheilbaren, Obligation einen Einfluß äußere auf die Theilung der Litisästimation, welche an die Stelle jenes ursprünglichen Objectes tritt. — Diese Frage kann selbstverständlich nur für den Fall mehrerer Schuldner aufgeworfen werden. Denn im Falle mehrerer Gläubiger einer untheilbaren Forderung vermag der einzelne, wie wir gesehen haben, auch bei actiones stricti juris nicht mehr als sein besonderes Interesse durch die Condemnation zu erlangen. Wir haben nun schon im §. 12. [6a]) bemerkt, daß das freiere Ermessen, welches die Klagformel der freien Klagen dem Richter gestattet, in einem Falle eine besondere Formelfassung unnöthig macht, in welchem aus einer obligatio stricta allerdings mit einer exceptionellen Formel geklagt werden muß, um eine Theilung der Condemnation unter mehrere Schuldner zu bewirken. Es ist dies der Fall, da eine ursprünglich auf eine untheilbare Leistung abgeschlossene Obligation sich auf mehrere Personen vererbt, nachdem die Naturalerfüllung durch Verschulden des ursprünglichen Debitor unmöglich geworden ist, der Inhalt der Verpflichtung also nunmehr in Wahrheit auf die Leistung des Interesse hinausläuft.

Abgesehen indessen von diesem rein formellen Gegensatze der Procedur, werden wir finden, daß auch rücksichtlich der Theilung der Litisästimation ein principieller Gegensatz zwischen den verschiedenen Arten der Klagen nicht existirt. Die scheinbare Ausnahme der actio aquae pluviae arcendae erklärt sich anders. (§. 22. S. 198 f.)

Dagegen kömmt bei den freien Klagen ex aequo et bono rücksichtlich der Litisästimation das beneficium divisionis zur Geltung, von dessen Statthaftigkeit bei obligationes strictae uns wenigstens unsre Quellen nichts berichten. Daß man auch diesen Umstand regelmäßig übersehen hat, findet seine Erklärung nicht schwer. Man läßt ja sogar, wie wir in §. 12. bemerkt haben, eine nothwendige Theilung

[6a]) S. 92 f.

der Litisästimation bei den obligationes strictae auf ein facere eintreten. Und sonach bleibt allerdings für ein bloßes beneficium divisionis kein Raum.

Bedeutender als dieser Unterschied ist ein anderer Unterschied, der zwischen untheilbaren obligationes strictae einerseits und untheilbaren obligationes b. f. anderseits hervorgerufen werden kann durch die größere Freiheit, mit welcher bei den letztern Obligationen die Interpretation auf den eigentlichen Willen der Constituenten über den Inhalt der Verpflichtung Rücksicht zu nehmen vermag. Allein dieser Gegensatz ist eben danach weit mehr eine Eigenthümlichkeit einzelner Obligationen, als ein Charakteristicum der Obligationsgattungen. Und so mag es genügen, hier einstweilen darauf hingedeutet zu haben. (§§. 30. und 33.) —

In der nachfolgenden Darstellung der Untheilbarkeit bei den freien Obligationen sondern wir diese in zwei Classen, je nachdem sie nämlich mit einer arbitraria actio, oder mit einer actio bonae fidei geltend gemacht werden. (§§. 21—26. — §§. 27—35.)

Wir dürfen es dabei, nach dem vorhin Bemerkten, für alle folgenden Untersuchungen als ein Ergebniß unsrer früheren Erörterungen betrachten, daß als Inhalt untheilbarer obligatorischer Leistungen überhaupt nur folgende Verpflichtungen in Betracht kommen:

1) auf Bestellung oder auf Aufhebung einer untheilbaren Servitut;
2) in manchen Beziehungen wenigstens auf Bestellung oder auf Aufhebung eines Pfandrechtes;
3) auf Hervorbringung, Cession oder Aufhebung einer untheilbaren Obligation;
4) auf Uebertragung oder Rückübertragung der naturalis possessio;
5) auf Vornahme einer rein thatsächlichen Handlung;
   und,
6) wiederum nur in gewissen Beziehungen, auf Unterlassung einer jeden Handlung, deren Vornahme nicht nach Erbquoten auf die Erben des ursprünglichen Schuldners beschränkt bleibt.

Wir werden in der Betrachtung dieser Verpflichtungen obendrein, gemäß unsrer obigen Bemerkung, uns im ganzen nur auf den Fall einer Mehrheit von Schuldnern einzulassen brauchen.

Außerdem werden wir jedoch auch solche freie Obligationen unsrer Aufmerksamkeit zu unterziehen haben, in denen, wie bei den bedingten Stipulationen, gemäß dem Willen der Constituenten in gewisser Hin-

ſicht ungetheilte Beziehungen der Obligationsſubjecte zum Gegenſtande der Leiſtung eintreten.

Erſtes Capitel.

Obligationes arbitrariae.

§. 21. I. Ueberſicht.

Von allen actiones arbitrariae in personam, die auf einen untheilbaren Gegenſtand gerichtet ſind, bleiben grundſätzlich diejenigen aus unſrer Betrachtung ausgeſchloſſen, welche auf einem Delicte beruhen, ſoweit ſie als wahre Delictsklagen gegen den Delinquenten ſelber gerichtet ſind[1]). Wohl dagegen ſind jene Klagen inſoweit zu berückſichtigen, als ſie den Beklagten nur bis zu dem Betrage treffen, um welchen infolge des Delictes ſein Vermögen einen Zuwachs erhalten hat, — alſo inſoweit ſie gerichtet ſind gegen die Erben des Delinquenten, oder gegen eine dritte Perſon, oder gegen den Delinquenten ſelber, aber nachdem ſeine urſprüngliche Haftung ex delicto verjährt iſt.

Die danach unſrer Betrachtung verbleibenden Arbiträrklagen zerfallen nach ihrer proceſſualiſchen Bedeutung in zwei Claſſen. Die eine dieſer Claſſen bilden die ſelbſtändigen, dem jus civile oder honorarium angehörenden, arbiträren Obligationen (§§. 22—25.); die andre Claſſe beſteht aus denjenigen obligationes arbitrariae, welche als klagbare Rechtsverhältniſſe erſt im weitern Verlaufe eines Interdictenverfahrens entſtehen (§. 26.).

Innerhalb einer jeden dieſer beiden Claſſen ſcheiden ſich wiederum zwei Kategorieen von Obligationen ſcharf von einander. Die eine dieſer Kategorieen ſetzt eine grundloſe Vermehrung des Vermögens aufſeiten des Beklagten voraus; — die andre beruht auf verſchiedenen ſonſtigen quaſi-contractlichen Gründen, ohne daß es auf eine Vermögensvermehrung der beklagtiſchen Seite ankäme. Hierher gehören namentlich die Klagen auf Exhibition nnd die Klagen auf Reſtitution eines opus, ſoweit die letztern gerichtet ſind gegen den natürlichen oder den juriſtiſchen Beſitzer, oder gegen den Eigenthümer oder den eigenthümerähnlichen Inhaber eines Grundſtückes.

In der Claſſe ſelbſtändiger Arbiträrobligationen iſt endlich noch

---

1) S. oben §. 4. S. 20.

als eine dritte Kategorie der Fall zu besprechen, in welchem eine an sich theilbare Leistung gemäß dem Willen der Constituenten gewisse ungetheilte Beziehungen erhält. (§. 25.)

§. 22. II. Selbständige obligationes arbitrariae.

A. Solche, welche eine Vermögensvermehrung aufseiten des Beklagten nicht voraussetzen.

1) Actio aquae pluviae arcendae.

Die allgemeinen Grundsätze der actio aquae pluviae arcendae sind bekannt. Sie steht dem Eigenthümer [1]) eines praedium rusticum zu gegen den Eigenthümer [2]) eines Privatgrundstückes, worauf eine Veränderung [3]) in Beziehung auf den natürlichen Ablauf des Regenwassers eingetreten ist, infolge deren dem Kläger für sein Grundstück ein Nachtheil droht. Sie ist also eine actio de damno futuro. Ihr praktischer Zweck ist die Wiederherstellung des Zustandes vor jener Veränderung, und zwar entweder auf Kosten des Beklagten, wenn nämlich dieser selber deren Urheber ist, oder aber auf Kosten des Klägers, wenn der Beklagte es nicht ist [4]). Maßgebend für die Frage: ob die Veränderung des Wasserlaufes Gefahr drohe? ist der Augenblick der Litiscontestation. Es kömmt also darauf an, ob in diesem Augenblicke das damnum ein futurum ist. Der im Augenblicke des Endurtheils noch bevorstehende Schade muß daher entweder durch Abstellung der bedrohlichen Veränderung oder durch Caution für dessen Ersatz abgewandt werden, wenn nicht eine Verurtheilung auf das Geldinteresse an dieser Abwendung eintreten soll. Der Schade aber, welcher zwischen Litiscontestation und Urtheil bereits wirklich eingetreten ist, kann nur in Gelde ersetzt werden [5]).

Abgesehen einstweilen von dieser letzten, immerhin zufälligen, Verbindlichkeit, ist es klar, daß die actio aquae pluviae arcendae

---

[1]) und dem Emphyteuta, utiliter auch dem Nutznießer — l. 23. §. 1. l. 22. pr. cf. l. 3. §. 4. D. h. t. 39, 3.

[2]) wie gegen den Emphyteuten und utiliter gegen den Nutznießer — l. 23. §. 1. cit. l. 22. §. 2. eod.

[3]) eigentlich ein opus manu factum — l. 1. §§. 1. 8. 14. 15. D. eod. —, utiliter aber auch, wenn durch Naturereignisse eine derartige Veränderung eingetreten ist. l. 2. §§. 1. 2. 5. 6. l. 11. §. 6. D. eod.

[4]) l. 6. §§. 6. 7. D. h. t. u. s. w.

[5]) l. 6. §. 6. cit. l. 4. §. 1. l. 11. §§. 1. 3. 4. l. 14. §. 2. D. eod.

materiell eine untheilbare Leistung verfolgt, mag sie nun, nach dem erwähnten Unterschiede, geradezu auf die Wiederherstellung des frühern Wasserlaufes, die operis restitutio, seitens des Beklagten gerichtet sein, mag sie nur die Gestattung dieser Wiederherstellung durch den Kläger, die patientia, bezielen.

Es kann demnach der Eigenthümer des bedrohlichen Grundstückes seiner Naturalverbindlichkeit aus der obligatio aquae pluviae arcendae nur in solidum nachkommen [6]). — Steht das Eigenthum an diesem Grundstücke mehreren Personen zu, so werden sie mithin alle von jener Verbindlichkeit befreit, sobald auch nur einer von ihnen seiner eignen Verpflichtung in der Art genügt, daß er in der geeigneten Weise sowohl für die restitutio operis als für den Ersatz des damnum post litem contestatam sorgt. Und nicht minder sind alle Klagberechtigten klaglos gestellt, sobald nur einer von ihnen durch Naturalerfüllung seines Anspruchs befriedigt ist. Dies ist der Inhalt der l. 11. §. 1. D. h. t.

(Paullus lib. 49. ad edictum.)

> Cassius ait, sive ex communi fundo, sive communi aqua noceat, vel unum cum uno agere posse, vel unum separatim cum singulis, vel separatim singulos cum uno, vel singulos cum singulis. Si unus egerit, et restitutio operis litisque [7]) aestimatio facta sit, caeterorum actionem evanescere. item si cum uno actum sit, et si

---

6) Vgl. l. 14. §. 3. l. 22. §. 1. D. h. t. 39, 3.

7) So ist nothwendig zu lesen. Die Conjectur von Anton. Faber, Errorum pragm. et interpret. jur. Chilias. Pars III. Colon. Allobr. 1609. 4⁰. p. 648. dec. 93. err. 10. — litisve aestimatio — ist nicht allein überflüssig — vgl. Bachov. ad part. poster. Chiliad. Error. Ant. Fabri. Francof. 1624. fol. in err. 10. decad. 93. Nr. 4. p. 344. und Ribbentrop, a. a. O. S. 256. Note 15. —, sondern geradezu verkehrt. Cassius redet von der Naturalerfüllung der Verbindlichkeit; die Frage, ob sich die condemnatio pecuniaria auf die mehreren Subjecte derselben vertheilt, wird, mit Berufung auf Julian, erst in l. 11. §§. 3. 4. besprochen. — In der That würde die Leistung von dem besondern Interesse des Klägers die Ansprüche seiner klagberechtigten Miteigenthümer gar nicht beseitigen können, die Leistung aber des gesammten Interesse aller Klagberechtigten an den einzelnen von ihnen, welcher suo nomine klagt, doch jedenfalls nur dann, wenn die andern diese Zahlung genehmigten. Der Anspruch des einzelnen dagegen auf Ersatz des damnum post litem contestatam entspringt überhaupt erst mit der L. C., weil nur von dieser gerechnet das damnum ein futurum ist, — ist also gerade nur für den vorhanden, welcher zur L. C. vorgeschritten ist.

praestiterit, caeteros liberari: idque, quod sociorum nomine datum sit, per arbitrum communi dividundo recuperari posse[8]). pp.

Wie aber verhält es sich mit der Condemnation des einzelnen von mehreren verpflichteten Eigenthümern, wenn es zur Naturalrestitution nicht gekommen ist?

Der Grund, weshalb die Naturalrestitution unterblieben, läst sich verschieden denken. Es kann dies lediglich an dem einzelnen Beklagten liegen, der dieselbe nicht vornehmen will oder in der dafür gesetzten Frist[9]) vergessen oder sonst versäumt hat. Es kann aber auch sein, daß der Beklagte willens ist, das opus zu restituiren, auch das Seinige dazu thut, aber von einem oder mehreren oder sämmtlichen Miteigenthümern daran verhindert ist.

Allein diese Verschiedenheiten bleiben ex arbitratu boni viri bei der condemnatio pecuniaria aus der actio aquae pluviae arcendae unberücksichtigt. Denn die Haftung aus dieser Klage als aus einer actio de damno futuro ist der Haftung ex damno infecto durchaus gleichgestellt. Als wahrer Inhalt der Verpflichtung gilt Ersatz des damnum futurum: die thatsächliche Sicherstellung durch Wegräumung des bedrohlichen opus ist hier in der That nur in solutione, nicht in obligatione. Als Grund der Verpflichtung aber gilt lediglich das Eigenthum des bedrohlichen praedium. Und so

---

8) Ich bin der Meinung, daß auch im zweiten Theile dieser Stelle nur von der Naturalrestitution des opus (und von dem Ersatze des damnum post litem contestatam factum) abseiten des einzelnen Beklagten die Rede sei. Wird nämlich, nach der vorigen Note, im erstern Theile der Stelle rücksichtlich der klägerischen Seite ausschließlich hiervon gesprochen, so verlangt schon die Concinnität des Ausdrucks, daß man das hinsichtlich der beklagtischen Seite Gesagte ebenso verstehe. — Weiter aber betrachte man l. 11. cit. §§. 1—4 im Zusammenhange: dann wird man gewiß finden, daß die Untersuchung über die condemnatio pecuniaria, welche eintritt, wenn dem jussus judicis auf die operis restitutio (oder resp. auf die patientia) und den Ersatz des damnum post L. C. factum nicht genügt ist, in der That erst im §. 3 beginnt. Julian ist wirklich nicht im Widerspruche mit Cassius. Sonst müste es heißen: Julianus autem ait, se dubitare etc., — während es heißt: Officium autem judicis pp., dubitare se, Julianus ait. — Eben dies officium bei der Condemnation und die, mehr oder minder freiwillige, Thätigkeit des Beklagten bei der Naturalerfüllung sind einander entgegengesetzt. — Cujac. Obs. 23. c. 17. A. M. Ribbentrop, a. a. O. S. 256 f. Note 11.

9) Vgl. §. 2. J. de off. jud. 4, 17. l. 6. §. 2. i. f. D. de conf. 42, 2. l. 1. §. 1. D. de tab. exhib. 43, 5. l. 4. §. 2. D. de hom. lib. exhib. 43, 29.

kann der einzelne von mehreren Miteigenthümern dieses praedium stets nur pro rata dominii condemnirt werden.

Die danach unter allen Umständen eintretende Theilung der Condemnation unter die mehreren als Miteigenthümer des praedium nociturum Verpflichteten wird übrigens von den römischen Juristen ausdrücklich auf das freie officium judicis bei unsrer Klage zurückgeführt. Und eben hierin liegt wohl schon an sich ein hinlänglicher Beweis dafür, daß bei solchen Obligationen auf eine untheilbare Leistung, bei welchen das officium judicis überhaupt keinen Spielraum hat, also bei obligationes strictae, von einer Theilung der Condemnation unter die mehreren Schuldner an sich nicht die Rede sein kann[10]).

---

[10]) Vgl. Alfr. Brinkmann, a. a. O. S. 104. Note 2. a. E. Nach ihm hätte mit der actio aquae pluviae arcendae der Einzelne gar nicht in solidum belangt werden können. s. l. 6. §. 1. D. h. t. „singuli in partem conveniantur, et in partem fiat condemnatio. In der Formel der actio a. pl. a. wurde allerdings wahrscheinlich erwähnt, der Beklagte sei blos zu einer bestimmten Quote Eigenthümer des fundus nociturus; die Instruction zur Verurtheilung aber lautete etwa: nisi ex arbitratu tuo Ns Ns opus restituet, quanti ea res erit, tantam pecuniam pp. oder ähnlich. Und die Restitution kann doch entschieden nur in solidum geschehen. Die römischen Juristen sind ja auch, nach Julians eignem Ausdrucke, zweifelhaft darüber, ob die Condemnation in solidum zu richten sei, woraus doch wohl so viel hervorgeht, daß mit jener Erwähnung des Theileigenthums die Frage keinesweges erledigt war. s. auch l. 6. §. 1. h. t. (Ulp.) — „placuit, eoque jure utimur." — Sehr häufig wird die Condemnation wohl nicht vorgekommen sein. —

Man möchte es auffallend finden, daß bei der actio confessoria gegen den einzelnen von mehreren Miteigenthümern des dienenden Grundstückes die Condemnation in solidum gehe — cf. l. 4. §. 4. D. si serv. vind. 8, 5. l. 7. D. de serv. leg. 33, 3. —, während diese Klage doch auch arbiträr ist. Allein, man muß sich nur zuvörderst klar machen, wann bei dieser Klage überhaupt eine Condemnation eintritt, und welchen Umfang dieselbe habe. Wenn derjenige von mehreren Miteigenthümern des fundus serviens mit der confessoria belangt wird, der seinerseits nie die Servitut bestritten hat und sie auch jetzt nicht bestreitet, so muß er regelmäßig ohne weiteres freigesprochen werden: es kömmt gar nicht zur conceptio formulae. Ein Rechtsstreit ist hier eigentlich nur denkbar, sofern dieser Beklagte sich weigert, den Kläger gewisse Handlungen vornehmen zu lassen, zu denen diesen die Servitut befugt macht. l. 4. cit. §. 5. Hierhin gehört auch die Verweigerung der patientia für die Wegräumung eines die Servitut beeinträchtigenden opus, welches einer der übrigen Miteigenthümer hergerichtet hat. Alsdann wird die Condemnation selbstverständlich stets in solidum gehen müssen: denn sie beruht auf dem Unterlassen einer Leistung, die der einzelne Beklagte selber ganz und gar schuldet, sofern sie lediglich daraus entspringt, daß er das klägerische Recht thatsächlich bestreitet, nicht aber aus seiner

Paullus berichtet uns hierüber in l. 11. cit. h. t. §. 3.

Officium autem judicis inter duos accepti quale futurum sit, dubitare se, Julianus ait. si forte unius fundus fuerit, cui aqua noceat, si vero in quo opus factum, sit plurium, et cum uno eorum agatur, utrum et ejus damni nomine, quod post litem contestatam datum sit, et operis non restituti in solidum condemnatio fieri debeat: quemadmodum, quum servi communis nomine noxali judicio cum uno agitur, condemnatio in solidum fiet, quoniam quod praestiterit, potest a socio recipere: an vero is, cum quo agitur, pro parte sua et damni dati et operis non restituti nomine damnandus sit, ut in actione damni infecti [11]) fiat, quum ejus praedii, ex quo damnum metuatur, plures domini sint, et cum uno eorum agatur: licet opus, ex quo damnum futurum sit, individuum sit, et ipsae aedes solumque earum non potest pro parte duntaxat damnum dare:

Eigenschaft als des Miteigenthümers vom dienenden Grundstücke, welche für die Passivlegitimation überhaupt nicht in Frage kömmt. l. 10. §. 1. D. h. t. 8, 5. Für die Beeinträchtigung, welche der Kläger durch die Handlungen eines der übrigen Miteigenthümer des fundus serviens in Beziehung auf seine Servitut erlitten hat, braucht der Beklagte nimmermehr aufzukommen. Dies würde geradezu gegen den arbitratus boni viri verstoßen. — Eine sehr überzeugende Bestätigung findet diese Behauptung in der Besonderheit der confessoria actio bei der servitus oneris ferendi gegen einen mehrerer Miteigenthümer des dienenden Grundstückes. Die Verpflichtung zur Reparatur der tragenden Mauer entspringt nicht erst aus der thatsächlichen Bestreitung des klägerischen Rechtes, sondern ist mit der Existenz dieses Rechtes von selbst gegeben. Da sie gleichwohl aber den Eigenthümer des praedium serviens nur als solchen trifft, so kann die Condemnation daraus ex arbitratu boni viri bei getheiltem Eigenthume dieses praedium nur in partem dominii gehen. l. 6. §. 4. D. i. f. D. h. t. 8, 5.

11) Es ist wahrscheinlich, daß dies ursprünglich auf die alte legis actio damni infecti — Gaj. IV. §. 32. — gegangen ist. S. Ribbentrop, a. a. O. S. 228. Note 5. Für das justinianeische Recht muß actio damni inf. auf das Verfahren zur Bestellung der cautio damni inf. bezogen werden, wobei dann freilich das damnum post L. C. datum außer Betracht bleibt. Vgl. l. 33. D. de damn. inf. 39, 2. l. 14. §. 2. D. h. t. 39, 3. l. 1. §. 2. D. de praet. stipp. 46, 5. l. 37. pr. D. de O. et A. 44, 7. l. 20. D. rat. rem. 46, 8. u. s. w.

Ueber die alte actio d. i. s. auch meinen Aufsatz: Ist die actio in factum ob alienationem judicii mutandi caussa factam ein subsidiäres Rechtsmittel? in Haimerl's österr. Vierteljahrsschr. IV. 2. (1859.) S. 268 ff.

nihilominus eum, cum quo agitur, pro sua parte condemnari. magisque existimat, id servandum in aquae pluviae arcendae actione, quod in actione damni infecti: quia utrobique non de praeterito, sed de futuro damno agitur[12]).

Wir sehen schon daraus aufs deutlichste, wie bei der actio aquae pluviae arcendae die Untheilbarkeit der in solutione befindlichen Leistung nur solange wirkt, als es sich um diese Leistung selbst noch handelt, daß aber, sobald statt ihrer die eigentlich in obligatione befindliche Leistung des Interesse zur Sprache kömmt, die mehreren Verpflichteten geradeso behandelt werden, als wäre ihre Verpflichtung von Anfang an in jeder Beziehung theilbar. Insbesondere wird hieraus auch die wichtige Folge sich ergeben, daß die Insolvenz oder die Abwesenheit eines einzelnen Mitverpflichteten auf den Umfang der Verpflichtung der übrigen durchaus ohne Wirkung bleibt. Es sind hier in der That gar nicht mehrere Personen vorhanden, deren jede nach strengem Rechte in solidum verpflichtet wäre und nur vermöge eines besondern beneficium divisionis, also auch nur innerhalb der regelmäßigen Schranken dieses beneficium, eine Theilung verlangen dürfte; — sondern es sind hier mehrere Personen, deren jede von Anfang an nur pro rata verpflichtet erscheint, solange jedoch, als es sich um die untheilbare Naturalerfüllung handelt, freilich nur durch solidarische Prästation sich zu befreien vermag und damit die übrigen zugleich befreiet.

Es bleiben noch einige Bemerkungen übrig hinsichtlich der obligatio aquae pluviae arcendae.

Zunächst versteht es sich von selbst, daß da, wo es, wegen nicht erfolgter Wegräumung des opus nociturum, zur Geldcondemnation kömmt, der Unterschied völlig gleichgültig sein muß, ob der einzelne Miteigenthümer des bedrohlichen Grundstückes als

---

12) S. auch l. 6. §§. 1—3. D. h. t. (Ulp.) §. 1. Si ex plurium agro decurrens aqua noceat, vel si plurium fundo noceatur: placuit, eoque jure utimur, ut sive plurium fundus sit, singuli in partem experiantur, et condemnatio in partem fiat; sive cum pluribus agatur, singuli in partem conveniantur, et in partem fiat condemnatio. §. 2. Inde quaeritur, si communi agro meo ex proprio agro tuo aqua noceat: an agi possit aquae pluviae arcendae? Et putem, agendum: sic tamen, ut pars damni praestetur. §. 3. Versa quoque vice, si communis ager sit, qui nocet proprio, poterit aquae pluviae arcendae agi, ut quis damnum consequatur, sed in partem.

auctor operis dessen Naturalbeseitigung auf eigne Kosten zu bewerkstelligen hätte, oder nicht. Denn die Kosten der Wegräumung kommen begreiflicherweise nur da überhaupt in Betracht, wo eine Wegräumung wirklich geschieht. Es wird mithin ein jeder der mehreren Verpflichteten das Interesse des Klägers an der nichtgeschehenen Wegräumung, ohne alle Rücksicht auf seine eigene Urheberschaft oder Nichturheberschaft an jenem opus, pro rata seines Eigenthumsantheiles zu ersetzen haben [13]).

Was den Ersatz des damnum post litem contestatam factum anbetrifft, so ist soviel klar, daß der einzelne von mehreren Klagberechtigten den Anspruch hierauf nur durch die von ihm selbst vorgenommene L. C. erwirbt [14]). Wenn also der Beklagte ihn durch Naturalerfüllung klaglos stellen will, so braucht er unter allen Umständen außer der restitutio operis nicht mehr zu gewähren, als den Ersatz des Schadens, den gerade der Kläger post L. C. erlitten hat. Für die übrigen Klagberechtigten ist der bereits eingetretene Schade eben kein damnum futurum, sondern ein damnum praeteritum. — Umgekehrt ist auch der einzelne von mehreren ex obligatione aquae pluviae arcendae Verpflichteten nur zur Abwendung des künftigen Schadens verpflichtet. Es kann nun zwar für denjenigen, mit dem der Berechtigte schon litem contestirt hat, das seitdem eingetretene damnum als solches damnum futurum gelten, aber für keinen andern, — ebensowenig, wie der eine von mehreren zur cautio damni infecti verpflichteten Miteigenthümer für dasjenige damnum zu caviren braucht, welches zwar nach der Cautionsleistung eines andern Miteigenthümers, aber vor der seinigen eingetreten ist.

Sobald indessen der arbiter im Processe gegen den ersten der mehreren Eigenthümer des bedrohlichen Grundstückes die pronuntiatio gethan hat, daß auf diesem Grundstücke eine bedrohliche Veränderung des Wasserlaufes statthabe, — steht auch die Verbindlichkeit der übrigen Miteigenthümer ad arcendam aquam fest. Es wird nämlich durch jene pronuntiatio, ähnlich wie bei Processen um bestehende Servituten [15]), sententia praedio gegeben, als dessen Vertreter gewisser-

---

[13]) Vgl. l. 14. §. 3. h. t. und dazu Hesse, über die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücks-Nachbarn u. s. w. Eisenberg 1859. S. 245 f. — l. 24. §. 2. D. eod.

[14]) S. oben Note 7 a. E.

[15]) S. l. 4. §. 3. D. si servit. 8, 5. l. 31. §. 7. D. de neg. gest. 3, 5. Vgl. l. 11. cit. §§. 1. 2. h. t. — S. v. Savigny, Syst. Bd. VI. §. 301.

maßen die Eigenthümer erscheinen. Es ist also gegen die übrigen keine neue actio aquae pluviae arcendae nöthig, sondern nur ein arbitrium litis aestimandae. Und in diesem arbitrium werden sie de damno praeterito verurtheilt werden müssen, sofern jenes damnum eingetreten ist, nachdem vonseiten des Berechtigten die Aufforderung, ihn klaglos zu stellen, in der Weise an sie ergangen ist, daß sie dadurch in mora solvendi versetzt worden sind. — Umgekehrt werden auch nach der pronuntiatio, welche der eine von mehreren Klagberechtigten zugunsten des berechtigten Grundstückes erwirkt hat, die übrigen mittels eines arbitrium litis aestimandae für ihre Eigensthumsantheile die Condemnation des Verpflichteten erzwingen können, wobei einem jeden der vor dieser Condemnation eingetretene Schade soweit zu ersetzen ist, als derselbe post moram debitoris geschehen.

Endlich bleibt noch die Frage: in welcher Art nimmt der einzelne Beklagte seinen Regreß, wenn er entweder durch Naturalerfüllung seiner Verbindlichkeit auch diejenige seiner Miteigenthümer erfüllt hat; oder aber auch, wenn er, wegen eines opus nociturum, das einer seiner Miteigenthümer veranlast hat, pro rata dominii condemnirt ist?

Für den erstern Fall steht ihm wegen der Hauptsache überhaupt kein Regreß zu, sofern er nur patientia prästirt, also kein Vermögensopfer gebracht hat. Hat er dagegen das opus auf seine Kosten restituirt, so hat er die actio communi dividundo gegen die condomini auctores, auf verhältnißmäßigen Ersatz, wenn er selber zu ihnen gehört, sonst auf vollen Ersatz seiner Kosten, so daß jeder Regreßpflichtige hierzu pro rata dominii beisteuert [16]).

Im andern Falle hat er ganz entsprechend von jenen auctores condomini zusammen den vollen Ersatz seiner Zahlung zu verlangen, soweit er dieselbe nicht etwa durch patientia hätte vermeiden können.

Außerdem steht ihm natürlich auch wegen der aufgewandten Proceßkosten, soweit dieselben nothwendig oder sachdienlich sind, der Regreß zu.

Note ff. S. 480. Andr. Heusler, Comment. ad l. 27. pr. de S. Pr. U. et l. 4. §. 7. fin. reg. Berol. 1856. §. III. p. 17 sqq. vgl. Wetzell, Syst. des Civilpr. §. 47. S. 424. Note 30.

Es ist deshalb auch jedem Miteigenthümer sowohl des bedrohlichen als des bedroheten Grundstückes zu gestatten, daß er als accessorischer Intervenient in den Proceß eintritt, den sein condominus de aqua arcenda führt.

[16]) l. 11. §§. 1. 2. D. h. t. S. Alfr. Brinkmann, a. a. O. S. 125 f.

§. 23. 2. Actio ad exhibendum.

Die Exhibition, Vorzeigung, Darstellung, einer Sache ist, als eine natürliche Handlung ohne rechtliche Wirkung, quotenweis untheilbar.

Eine Berechtigung mehrerer Personen, die Exhibition derselben Sache zu fordern, kann auf den verschiedensten Gründen beruhen, kraft deren mehrere Personen überhaupt ein Recht an derselben Sache oder auf dieselbe Sache erwerben können. Denn es gehört zur Begründung des Exhibitionsanspruchs nichts Weiteres als der, summatim festzustellende, Nachweis, daß man ein Recht an der zu exhibirenden Sache oder ein Recht auf dieselbe habe [1]). Es versteht sich, daß hier ein jeder von mehreren Berechtigten für den Fall widerrechtlicher Verweigerung oder Verzögerung der Exhibition eben nur sein individuelles Interesse zu fordern vermag, dieses aber auch ungetheilt erhalten soll [2]). Dagegen ist es reine quaestio facti, ob durch die wirkliche Exhibition an den einen auch den Exhibitionsansprüchen der übrigen genügt ist. Sofern dies nicht der Fall sein sollte, infolge der Exhibition aber der Exhibent die Sache dem ersten Gegner herauszugeben verpflichtet wäre, kann er von diesem Caution dahin verlangen, daß er den andern Exhibitionsberechtigten gegenüber schadlos gehalten werde [2a]).

Eine Verpflichtung umgekehrt mehrerer Personen zur Exhibition kann ebensalls nur in der Weise entstehen, wie jene Verpflichtung überhaupt entsteht, nämlich dadurch, daß die thatsächliche Möglichkeit der Exhibition diesen mehreren Personen zusteht. Diese Möglichkeit kann aber selbstverständlich nur in eigener Person erworben werden; mehrere Erben als solche sind daher niemals zur Exhibition verpflichtet [3]). Soweit die Erben mit der actio ad exhibendum wegen der Bereicherung der Erbschaft ex dolo defuncti haften, ist ihre Haftung durchaus theilbar und geht uns daher hier nicht an.

Klar ist es nun, daß wenn einer von mehreren zur Exhibition derselben Sache Verpflichteten seiner Verpflichtung durch Naturalerfüllung nachkömmt, damit auch der Verpflichtung der übrigen zu dieser Exhibition genügt ist. Dagegen bleibt zu untersuchen, ob und

---

1) l. 3. §§. 3—7. 9—13. D. ad exhib. 10, 4.

2) Feststellung desselben durch jusjurandnm in litem. s. l. 3. §. 2. l. 5. §. 2. D. eod.

2a) S. unten §. 29 zu Note 5.

3) l. 12. §. 6. h. t.

wie weit die einzelnen für den Fall der vereitelten oder verzögerten Exhibition für das Interesse des Klägers haften.

In dieser Rücksicht ist der Satz wichtig, daß der unverschuldete Verlust der thatsächlichen Möglichkeit der Exhibition von der Haftung für die Exhibition befreiet [4]). Derjenige also, welcher bisher ebenso wie ein anderer imstandegewesen ist, einen Gegenstand zu exhibiren, der z. B. in ihren gemeinschaftlichen Garten gewehet war, hört auf ad exhibendum zu haften, sobald der andere ihn ohne sein Verschulden dieser Möglichkeit beraubt. Von einer condemnatio pecuniaria kann also hier immer nur unter der Voraussetzung die Rede sein, daß der Beklagte entweder die ihm noch zustehende Möglichkeit der Exhibition nicht benutzt, oder aber diese Möglichkeit schuldhafterweise verloren hat. Als Verschulden gilt aber einerseits die eigentliche mora solvendi [5]), anderseits vor der Litiscontestation dolus und culpa lata, nach der Litiscontestation jede culpa, wodurch die Unmöglichkeit der Exhibition herbeigeführt ist [6]).

Weil nun danach die Zulässigkeit der Condemnation durchaus bedingt ist von einer Widerrechtlichkeit des Schuldners, nicht blos von der Nichterfüllung des klägerischen Begehrens auf Exhibition, jene Widerrechtlichkeit aber den ganzen ungetheilten Inhalt der Obligation treffen muß: so wird ohne alle Frage eine jede einzelne der mehreren Personen, welche der Condemnation überhaupt ausgesetzt sind, in solidum verurtheilt werden können, so zwar, daß mit der Zahlung des Judicates vonseiten des ersten Condemnaten die übrigen Schuldner befreiet sind.

Allein es bleibt die Frage: ob der einzelne Schuldner im Falle gemeinsamer Verschuldung, und unter der Voraussetzung der sonstigen Bedingungen dafür, das beneficium divisionis rücksichtlich der Condemnation beanspruchen dürfe? — Die Quellen geben darauf keine directe Antwort. Eine sehr passende Analogie aber scheint uns die l. 22. D. deposit. 16, 3. zu bieten.

(Marcellus lib. 5. Digestorum).

> Si duo heredes rem apud defunctum depositam dolo interverterint, quodam utique casu in partes tenebuntur. Nam si diviserint decem [millia], quae apud defunctum

---

4) l. 7. §. 5. h. t.

5) l. 12. §. 4. h. t.

6) l. 7. §. 5. l. 10. i. f. eod. s. Fr. Mommsen, Mora. S. 184 ff.

deposita fuerant, et quina [millia] abstulerint, et uterque solvendo est, in partes obstricti erunt: nec enim amplius actoris interest. Quod si lancem conflaverint aut conflari ab aliquo passi fuerint, aliave quae species dolo eorum interversa fuerit, in solidum conveniri poterunt, ac si ipsi servandam suscepissent. nam certe verum est, in solidum quemque dolo fecisse: et, nisi pro solido, res non potest restitui. Nec tamen absurde sentiet, qui hoc putaverit, plane, nisi integrae rei restitutione, eum, cum quo actum fuerit, liberari non posse, condemnandum tamen, si res non restituetur, pro qua parte heres exstitit.

Die Erben eines Depositars haften, ähnlich wie die ad exhibendum Obligirten, nicht aus der Uebernahme einer contractlichen Verpflichtung, sondern lediglich aus dem Grunde, weil sie in der Lage sind, restituiren zu können, oder diese Lage durch eigne Schuld verloren haben. Sowie nun ihnen selbst für den Fall eines gemeinsam begangenen Dolus, die Solvenz der Mitschuldner vorausgesetzt, das beneficium divisionis zugesprochen wird [7]), so haben wir es auch wohl den mehreren Personen zuzuerkennen, welche die ihnen zuständige Möglichkeit der Exhibition durch gemeinsamen Dolus vereiteln. Um so mehr werden wir dies beneficium im Falle einer gemeinsamen Culpa oder Mora zu gewähren haben.

Von einem selbständigen Regreßanspruche des in solidum Condemnirten gegen die übrigen, welche aus der actio ad exhibendum gleichfalls in solidum condemnirt werden können, ist selbstverständlich keine Rede. Doch wird man dem einzelnen Belangten, wenigstens im Falle der blos culposen [8]) Unmöglichkeit der Exhibition, das beneficium cedendarum actionum, nach dem vorhin über die Theilungseinrede Bemerkten, kaum versagen dürfen.

§. 24. B. Solche, welche eine Vermögensvermehrung aufseiten des Beklagten voraussetzen *).

Als selbständige actiones arbitrariae, welche eine Vermehrung

---

7) S. Ribbentrop, S. 144 ff. und unten §. 29. a. E.

8) Vgl. l. 1. §. 14. D. de tut. act. 27, 3. l. 38. §. 2. D. de adm. tut. 26, 7.

*) Vgl. im ganzen H. Witte, die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts. Halle 1859. §. 36. S. 280 ff. §. 40. S. 315 ff.

des Vermögens aufseiten des Beklagten voraussetzen, sind uns namentlich die folgenden bekannt:

die actiones Faviana und Calvisiana schlechthin [1]);

die actiones Paulliana, quod metus caussa und de dolo gegen den, qui non particeps fraudis in fraudem creditorum titulo lucrativo aliquid percepit [2]), und ad quem ex metu ab alio injecto [3]), ex dolo ab alio admisso, aliquid pervenit [4]);

die actiones Paulliana und de dolo, wohl auch die actio quod metus caussa, soweit sie nach Ablauf der Verjährungszeit für die ursprüngliche Haftung gerichtet sind gegen den, qui in fraudem creditorum sciens aliquid percepit [5]), qui ipse dolo fecit [6]), metum intulit [7]);

und dieselben Klagen, soweit sie gegen die Erben dessen gerichtet sind, qui in fraudem creditorum sciens aliquid percepit [8]), dolo fecit [9]), metum intulit [10]).

Es ist jedoch hervorzuheben, daß in diesen verschiedenen Fällen die Vermehrung, welche das Vermögen des Beklagten erhalten hat, in verschiedener Weise in Betracht kömmt.

Auf die Bereicherung des Beklagten im Augenblicke der Litiscontestation wird gesehen

bei den actiones Faviana und Calvisiana [11]);

und

---

1) l. 1. §§. 4. 12. 24. l. 10. D. si quid in fraud. patr. 38, 5.

2) l. 6. §. 11. l. 25. pr. D. quae in fraud. credit. 42, 8. l. 5. Cod. de revocand. his, quae in fraud. 7, 75. — Vgl. auch l. 6. cit. §. 10. l. 10. §. 5. eod. (vom Pupillen, welcher in fraudem creditorum etwas erworben hat) l. 6. cit. §. 12 (vom dominus, dessen Sclav particeps fraudis etwas erworben hat, und der dafür haftet, ut restituat, quod ad eum pervenit oder de peculio.)

3) l. 9. §. 8. l. 14. §§. 3. 5. l. 18. D. quod met. c. 4, 2.

4) l. 15. pr. §§. 1. 2. D. de dol. 4, 3. vgl. l. 3. §. 1. D. de trib. act. 14, 4. verbunden mit l. 7. §. 2. eod. l. 3. D. quando ex facto tut. 26, 9.

5) l. 10. §. 24. D. si quid in fraud. cred. 42, 8.

6) l. 28. D. de dol. 4, 3.

7) Vgl. l. 14. §§. 1. 2. D. h. t. 4, 2. l. 4. Cod. de his, quae vi. 2, 20.

8) l. 10. §. 25. l. 11. D. si quid in fraud. cred. 42, 8.

9) l. 17. §. 1. D. de dol. 4, 3.

10) l. 16. §. 2. l. 17. l. 19. l. 20. D. h. t. 4, 2.

11) l. 10. l. 1. §. 28. l. 2. D. si quid in fraud. patr. 38, 5.

bei den actiones Paulliana [12]), quod metus caussa [13]) und de dolo [14]), sofern dieselben gegen einen Dritten gehen, welcher selber doli particeps non est.

Uebrigens ist für alle diese Fälle ein Unterschied in der Beweislast wichtig, auf den Witte [15]) aufmerksam gemacht hat. Ist der Bereicherte nämlich im Augenblicke, da die Bereicherung vor sich geht, ein Mensch, welcher sich durch Rechtsgeschäfte zu obligiren vermag, so hat der Kläger nur nachzuweisen, daß und um wie viel er infolge des Delictes überhaupt einmal bereichert worden ist; und dem Beklagten liegt es ob, eine spätere Verminderung der Bereicherung darzuthun. Ist aber der Bereicherte unfähig, durch Rechtsgeschäfte Verpflichtuugen zu übernehmen, so muß der Kläger nachweisen, wie weit die Bereicherung desselben im Augenblicke der L. C. noch geht. Denn dort entspringt die Verpflichtung an sich aus der Empfangnahme; hier nur aus der Bereicherung.

Sofern dagegen jene Klagen, nach der Verjährung der eigentlichen Haftung ex delicto, gegen den Delinquenten selber gerichtet sind, kömmt es überhaupt nur darauf an, wie groß der Zuwachs gewesen ist, den sein Vermögen infolge des Delictes einmal erhalten hat, — nicht aber darauf, ob und in welchem Umfange ein solcher Zuwachs annoch vorhanden sei [16]).

Aehnlich ist für die Haftung der Erben mit den angeführten Klagen nach römischem Rechte der Umfang entscheidend, bis zu welchem die Erbschaft, vermehrt durch das Delict des Erblassers, überhaupt einmal auf sie gelangt ist, und gleichfalls nicht die gegenwärtige Bereicherung [17]). Nach geschehener Erbtheilung haftet der einzelne Erbe jedoch nur im Verhältnisse dessen, was auf seinen reellen Antheil gekommen ist [18]).

Uebrigens gilt der dolus des Beklagten, quominus ad eum perveniret, der wirklichen Bereicherung gleich [19]).

---

12) l. 6. §. 11. D. quae in fraud. cred. 42, 8.

13) l. 14. §. 5. l. 18. D. quod met. c. 4, 2.

14) l. 15. pr. §§. 1. 2. D. de dol. 4, 3.

15) S. 285.

16) Witte, S. 317 f.

17) l. 127. D. de R. J. 50, 17. l. 16. §. 2. l. 17. l. 18. vgl. l. 20. D. quod met. c. 4, 2. l. 35. pr. D. de O. et A. 44, 7. vgl. auch l. 11. D. quae in fr. cred. 42, 8.

18) l. 9. pr. D. unde vi. 43, 16.

19) l. 10. §. 24. D. quae in fr. cred. 42, 8. l. 27. D. de dol. m. 4, 3.

Bekannt ist es auch, daß nach heutiger Praxis die Erben für das Delict des Erblassers auf Schadensersatz bis zum Betrage der Erbschaft haften [20]).

Es ist nunmehr zu untersuchen, inwiefern mit den besprochenen Klagen, soweit sie uns hier angehen, untheilbare Leistungen gefordert werden können.

Denkbarerweise kommen von den sechs in §. 20. aufgeführten Kategorieen hier die vier ersten in Betracht.

1) Es ist möglich, daß eine untheilbare Servitut in fraudem patroni [21]), in fraudem creditorum [22]), ob metum illatum aufgegeben, infolge eines dolus verloren gegangen sei [23]); — oder aber, daß umgekehrt in fraudem patroni [24]), in fraudem creditorum, ob metum, ex dolo malo [25]) eine solche Servitut bestellt worden sei.

Hier würde also eine Verpflichtung auf neue Bestellung oder aber auf Aufhebung dieser Servitut entspringen.

2) Es kann in fraudem patroni [26]), in fraudem creditorum [27]), ob metum ein Pfandrecht aufgegeben; — oder in fraudem patroni [28]) oder creditorum [29]), oder ob me-

---

20) Francke, Beiträge. Erste Abh. §. 6. S. 44 ff.

21) Vgl. etwa l. 1. §. 21. D. h. t. 38, 5.

22) l. 3. §. 1. l. 4. D. h. t. 42, 8.

23) z. B. indem der Servitutberechtigte arglistig davon zurückgehalten ist, die Servitut wieder zu benutzen, ehe sie durch nonusus erlosch. — Nach der Meinung, welche heutzutage auch für den Untergang einer Servitut durch einfachen nonusus, also auch da, wo eine usucapio libertatis nicht gefordert wird, mithin bei servitutes praediorum rusticorum, auffeiten des damit von der Servitut befreieten Eigenthümers des bis dahin dienenden praedium die bona fides für nothwendig hält, würde dieser dolo faciens stets ein Dritter, d. h. nicht jener Eigenthümer, sein müssen. Vgl. v. Vangerow, Lehrb. Bd. 1. §. 357. Anm. a. E.

24) l. 1. §. 21. cit. 38, 5.

25) l. 7. §. 3. D. de dol. m. 4, 3.

26) sofern nämlich infolge der Aufhebung des Pfandrechtes die Pfandforderung inexigibel wird.

27) l. 2. l. 18. l. 31. D. h. t. 42, 8. — Erfolg wird in diesem, wie im Falle der vorigen Note die Klage natürlich nur dann haben, wenn im Augenblicke, da das Pfand fraudulos liberirt wird, das Eigenthum daran einem andern, als dem Schuldner der Pfandforderung zusteht.

28) l. 1. §. 19. D. h. t. 38, 5.

29) l. 6. §. 6. l. 22. D. h. t. 42, 8. vgl. l. 10. §. 13. eod.

tum ein Pfandrecht bestellt, oder dolo malo existent geworden oder geblieben sein [30]).

Hier würde eine Verpflichtung entstehen auf neue Bestellung oder aber auf Aufhebung dieses Pfandrechtes.

3) Ebenso kann in den angegebenen Weisen die Aufhebung oder umgekehrt die Begründung [30a]) einer untheilbaren Obligation veranlaſst worden sein.

Es müſste alsdann mit den genannten Klagen der Anspruch auf neue Constituirung oder aber auf Tilgung dieser Obligation verfolgt werden.

4) Endlich ist es möglich, daß jemand in fraudem creditorum die naturalis possessio einer Sache auf einen Dritten übertragen hat, der diese Sache nutzen soll [31]); sowie, daß jemand gezwungen die ihm zu gleichem Behufe übertragene Detention aufgegeben hat [32]).

Hier würde die actio Paulliana oder quod metus caussa auf Rückstellung zunächst dieser naturalis possessio gehen.

Dagegen vermögen wir uns keinen Fall auszudenken, in welchem eine der genannten Klagen geradezu auf Vornahme oder auf Unterlassung einer rein thatsächlichen Handlung gehen würde. —

Es versteht sich von selbst, daß in allen sub 1., 3. und 4. aufgeführten Fällen die Naturalerfüllung nur in solidum geschehen kann. Ebenso wird jede einzelne von mehreren in der unter 2. angegebenen Weise zur Aufhebung eines Pfandrechtes verpflichteten Personen das ganze Pfandobject bis zu dem Betrage, zu welchem dasselbe ihr verpfändet ist, aus dem Pfandnexus befreien müssen. Eine jede von

---

30) l. 9. §. 4. D. de dolo m. 4, 3. vgl. l. 18. D. de R. V. 6, 1.

30a) S. z. B. l. 7. §. 10. l. 8. D. de dol. m. 4, 3. l. 47. pr. D. de R. J. 50, 17.

31) z. B. als Commodatar oder als Pächter gegen zu geringen Pachtzins. — In fraudem patroni mit dem Erfolge der Faviana oder der Calvisiana actio wird dies kaum denkbar sein. Es müſte sonst der Werth der gratis veräußerten Nutzung mehr als dem halben Werthe vom ganzen Vermögen des Liberten gleichkommen, oder bei der Succession des Patronus ex lege Julia et Papia — Gaj. 3, 42. §. 2. J. de succ. libert. 3, 7. — wenigstens mehr als dem dritten Theile vom Werthe des ganzen Vermögens. Und so nach justinianeischem Rechte stets. §. 3. J. eod. — Bei der Bestimmung des Werthes der naturalis possessio kann man aber natürlich nur den Werth der laufenden Nutzung in Ansatz bringen; die Nutzung, welche der Empfänger bereits gezogen hat, hat er jetzt als solche, nicht mehr kraft der Detention.

32) l. 21. §. 4. vgl. §. 2. D. quod met. c. 4, 2.

mehreren in gleicher Weise zur Wiederherstellung eines Pfandrechtes verpflichteten Personen aber hat ihren Theil an dem künftigen Pfandobjecte dem Pfandnexus zu unterwerfen, und zwar bis zum ganzen Betrage der ungetheilten Forderung. — Umgekehrt hat eine jede von mehreren in angegebener Weise zur Forderung der Aufhebung eines Pfandrechtes berechtigten Personen die Befreiung ihres Antheils am Pfandobjecte, aber aus dem gesammten Pfandnexus, zu fordern; und eine jede von mehreren zur Forderung der Wiederherstellung eines Pfandrechts berechtigten Personen die Unterwerfung des ganzen zukünftigen Pfandobjectes unter den Pfandnexus, aber nur bis zum Betrage ihres Forderungsantheiles.

Eine Bemerkung bleibt hier rücksichtlich der actiones Faviana et Calvisiana. Diese Klagen dienen bekanntlich dazu, eine in fraudem patroni geschehene Veräußerung des Liberten soweit rückgängig zu machen, als das Erbrecht des Patronus dies erheischt. Regelmäßig werden sie demnach die Veräußerung nur in partem anfechten. Ist aber der veräußerte Gegenstand untheilbar: so gehen jene Klagen nothwendig auf Restitution in solidum, weil eine theilweise Restitution eben unmöglich ist[33]). Und der klagende Patron kann auch nicht etwa mittels einer doli exceptio gezwungen werden, den Theil vom Werthbetrage jenes untheilbaren Objectes in baarem Gelde zu erstatten, der an sich gültig hätte veräußert werden können, — wie der Legatar ein untheilbares Legat nur dann erhält, wenn er in baarem Gelde soviel einzahlt, als nöthig ist um denjenigen Werthbetrag zu decken, um welchen ex lege Falcidia das Legat gemindert werden würde, falls es theilbar wäre. Der Grund dieses Unterschiedes liegt auf der Hand. Der Legatar macht einen reinen Gewinn; der Patron will nur die Beeinträchtigung seines guten Rechtes abwehren. Ihm hierzu Geldopfer auferlegen, wäre eine schreiende Unbilligkeit. — Das Gleiche muß auch von der Paulliana actio gelten, insofern eine Veräußerung nur theilweise eine fraus creditorum enthält.

Verwendungen, welche der Beklagte auf das Streitobject gemacht haben sollte, werden nach den allgemeinen Grundsätzen zu ersetzen sein[34]).

Was die condemnatio pecuniaria anbetrifft, so gelten bekannt-

---

33) l. 1. §. 21. cit. D. 38, 5.

34) Vgl. auch l. 14. §. 12. D. quod met. c. 4, 2. verbunden mit l. 1. Cod. de infant. expos. 8, 52 und l. 13. D. de cond. furt. 13, 1. — S. auch l. 4. Cod. de his, quae vi. 2, 20. l. 7. l. 8. D. quae in fr. cred. 42, 8. l. 10. §. 20. eod.

lich im römischen Rechte für die actio quod metus caussa besondere Bestimmungen[35]). Auch der Dritte, der, selber unbetheiligt an der illatio metus, daraus einen Vortheil erlangt hat, wird, binnen Jahresfrist belangt, auf das quadruplum vom Werthe dieses Vortheils verurtheilt, wenn er nicht, nach der für ihn ungünstigen Pronuntation, jenen Vortheil dem Kläger zurückgewährt. Nach Jahresfrist belangt, haftet er, wie der Erbe des Thäters stets, für die Restitution dessen, quod ad eum pervenit, nur mittels einer condemnatio in simplum. Und diese Art Condemnation ist für die übrigen in Rede stehenden Klagen, soweit sie uns hier angehen, die einzig statthafte. Dagegen dürfte es sich wohl von selbst verstehen, daß in allen diesen Fällen die Höhe der simplex condemnatio alsdann durch des Klägers jusjurandum in litem bestimmt wird, wenn die Naturalerfüllung durch dolus oder contumacia des Beklagten unterbleibt. Wird sie jedoch durch culpa des Beklagten vereitelt, so muß der Kläger sein Interesse regelrecht liquidiren. Und sollte endlich die Naturalrestitution ohne culpa und mora des Beklagten unmöglich geworden sein, so würde er absolvirt werden müssen.

Eine Ausnahme hiervon kann jedoch in den sub 1. erwähnten Fällen eintreten, in denen es sich um die Bestellung oder um die Aufhebung von Servituten handelt. Sind hier nämlich mehrere Personen verpflichtet, so braucht die einzelne nach denselben Grundsätzen, welche wir oben für die außercontractlichen Condictionen dieses Inhaltes entwickelt haben[36]), für die zur Begründung wie zur Aufhebung jener Servituten unentbehrliche Mitwirkung ihrer Mitschuldner und Miteigenthümer nicht zu haften. Gleichwohl ist sie, wenn diese Mitwirkung ausbleibt, nicht freizusprechen, da sie immer ohne rechtlichen Grund bereichert erscheint. Restituirt sie also nicht wenigstens den Werthbetrag ihrer Bereicherung freiwillig, so wird sie condemnirt werden müssen, aber bei der actio quod metus caussa intra annum nicht über das Vierfache, in den übrigen Fällen nicht über das Einfache dieses Werthbetrages.

§. 25. C. Actio redhibitoria.

Nicht selten wird auch die actio redhibitoria zu den actiones arbitrariae gerechnet[1]). Gestützt wird diese Behauptung zumeist auf

---

[35]) l. 14. §§. 1—4. 7. 9—11. 14. u. s. w. D. h. t. 4, 2.

[36]) S. §. 10. S. 69 f. §. 12. S. 95 f.

[1]) S. statt aller andern v. Savigny, Syst. V. §. 223. S. 131. zu Note m.

l. 45. D. de aedil. edict. 21, 1. Huschke hat jedoch ausgeführt, daß sie irrig sei[2]). Und die Richtigkeit seines Nachweises wird schwerlich erschüttert durch Stellen, die, wie etwa ll. 23. pr. §. 1. 25. §. 8. 29. §. 3. 30. §. 1. 31. §. 13. h. t., von einem arbitrium judicis bei jener Klage reden. Dieses arbitrium findet nämlich statt bei einer Untersuchung, welche entscheidend ist für die Existenz der Verpflichtung des Verkäufers zur Rückzahlung des Preises sammt dessen Accessionen oder zur Liberirung des Käufers von der obligatio empti, — nicht aber bei der Untersuchung über den Inhalt und den Umfang dieser Verpflichtung. Auch l. 58. pr. eod. beweiset nichts für die arbiträre Natur der redhibitoria actio; denn der in ihr gebrauchte Ausdruck: pronuntiare, welcher allerdings technisch gebraucht wird für den präjudiciellen Zwischenbescheid über das Dasein des klägerischen Rechtes in einer arbitraria actio, kömmt auch sonst vielfach vor, um ein gerichtliches Urtheil überhaupt, und insbesondere einen Zwischenbescheid, zu bezeichnen[2a]).

Wie dem aber immer sei: die Untheilbarkeit der Redhibition beruht auf Grundlagen, welche wesentlich verschieden sind von denjenigen andrer untheilbaren Ansprüche. An sich nämlich kann sehr wohl ein ideeller Theil einer verkauften Sache redhibirt, d. h. durch Rückgabe des juristischen Besitzes oder des Eigenthumes in dieselbe rechtliche Lage zurückübertragen werden, in welcher er sich vor der Realisirung der obligatio venditi befunden hat. In der That steht denn auch einer solchen Redhibition eines ideellen Theiles nichts im Wege, sobald der Verkäufer mehrere Erben hinterlassen hat. Ein jeder derselben muß, wenn überhaupt die Voraussetzungen der Redhibition dasind, sich dieselbe pro parte hereditaria gefallen lassen. Und ebenso ist es, wenn ein jeder der mehreren Verkäufer seinen Antheil an dem Kaufobjecte für einen besondern Preis verkauft hat. Umgekehrt kann ein jeder von mehreren Käufern derselben ganzen Sache, deren jeder eben nur einen Theil derselben für einen besondern Preis gekauft hat, diesen Theil für sich redhibiren[3]).

In solchen Fällen dagegen, in denen es offenbar unbillig sein

---

2) Nexum, S. 207 ff.

2a) l. 59. §. 2. l. 60. D. de re jud. 42, 1. l. 35. §. 1. D. de auro argent. leg. 34, 2. — l. 47. §. 1. D. de manum. test. 40, 4. l. 2. Cod. de fideic. libert. 7, 4. u. s. w. s. Brisson. sub h. v. Ed. Hein. sub 2.

3) l. 31. §. 10. D. de aed. edict. 21, 1., dazu und über diese ganze Lehre s. Ribbentrop, Correalobl. §. 20. S. 158—169.

würde, den Verkäufer zur Annahme einer blos theilweisen Redhibition zu zwingen[3a]), kann gegen des Verkäufers Willen keiner der Redhibitionsinteressenten die Redhibition durchsetzen, wenn nicht sämmtliche Mitinteressenten gleichfalls redhibiren, so daß der Verkäufer demnach das ganze Kaufobject vermöge der Redhibition zurückerlangt. Das Geschäft ist als ein Ganzes eingegangen, und soll auch nur als ein Ganzes aufgehoben werden. Dieses Verhältniß tritt ein, wenn der Käufer mehrere Erben hat[4]), wenn mehrere Personen uno pretio dieselbe Sache kaufen[5]), wenn ein servus communis eine Sache kauft[6]). — Es ist dasselbe ganz analog dem früher besprochenen Falle[7]), in dem irgend eine an sich theilbare Leistung der gläubigerischen Seite als Bedingung aufgestellt wird für den Erwerb einer Forderung. Die ungetheilten Beziehungen, welche zwischen dieser Voraussetzung des Anspruchs und dem Anspruche selber obwalten, entspringen lediglich aus der rechtlichen Interpretation des constituirenden Willens der Handelnden, der sie daher recht wohl auszuschließen imstande ist.

Diese Interpretation geht auch bei der actio redhibitoria nicht weiter, als es die Billigkeit des Verkehres durchaus gebietet. Sobald aus irgend einem Grunde die Rückgewährung der Waare selber nicht mehr in Frage kömmt[8]), sobald kann jeder der mehreren Interessenten seinen Anspruch auf die Rückgabe seines Theiles vom Kaufpreise völlig unabhängig von seinen Mitinteressenten verfolgen[9]). — Von selbst versteht es sich unter allen Umständen, daß der einzelne Interessent

[3a]) Ribbentrop, S. 163.

[4]) l. 31. §§. 5. 9. Es wird ihnen hier, wenn sie ihre Redhibitionsansprüche gerichtlich verfolgen wollen, aus Zweckmäßigkeitsrücksichten empfohlen, einen gemeinsamen Procurator zu bestellen. Rechtlich nothwendig war dies bei den Römern nicht. l. 31. §. 1. D. de proc. 3, 3. Planck, Mehrheit. S. 154. S. 400. zu Note 13. — Anders nach heutigem Gewohnheitsrechte. Planck, das. S. 406 f. vgl. Wetzell, Syst. §. 10. S. 47 f. — S. auch oben §. 19. zu Note 41.

[5]) l. 31. §. 10. i. f.

[6]) l. 31. §. 7.

[7]) Oben §. 16.

[8]) namentlich, weil dieselbe ohne Schuld der zur actio redhibitoria Berechtigten unmöglich geworden, oder aber schon geschehen ist. Im letztern Falle tritt an die Stelle der actio redhib., ohne Rücksicht auf die Nothwendigkeit der Redhibition, eine in factum actio. l. 31. cit. §§. 17—19. D. h. t. Huschke, a. a. O. S. 210. Note 333.

[9]) l. 31. §. 6.

nur seinen Antheil am gesammten Kaufpreise der in caussa redhibitionis befindlichen Sache zurückzufordern vermag [10]).

Umgekehrt kann aus ähnlichen Gründen ein jeder einzelne von mehreren Verkäufern, welche uno pretio, quasi plures rei, verkauft haben, verlangen, daß der Käufer, welcher Rückgabe des Kaufpreises von ihm begehrt, ihm zuvor die ganze Sache redhibire [11]). Gewiß wird er alsdann aber auch den ganzen Kaufpreis ersetzen müssen: denn, wenn er sich auf die thatsächliche Einheit des Geschäftes beruft, so wird er dieselbe auch gegen sich gelten lassen müssen.

Zweifelhafter dagegen ist es, ob auch der Käufer, welcher von mehreren uno pretio gekauft hat, zu verlangen befugt sei, daß ein einzelner von diesen Verkäufern die ganze Waare zurücknehme und ihm dafür den ganzen Kaufpreis ausbezahle. Die Billigkeit des Verkehres erheischt dieses keineswegs mit gleicher Dringlichkeit: denn der Käufer hat unter allen Umständen, auch wenn er gezwungen ist, mit sämmtlichen einzelnen Verkäufern wegen der Redhibition ihrer Antheile zu klagen, wenigstens die rechtliche Möglichkeit, das ganze Geschäft rückgängig zu machen [11a]). — Nach einer positiven Bestimmung des ädilicischen Edictes wird nun dem Käufer allerdings das Recht beigelegt, auch einen einzelnen von mehreren, welche uno pretio verkauft haben, zur Wandlung in solidum zu zwingen, nämlich denjenigen dieser Verkäufer, cujus major pars [rei sc. venditae] aut nulla parte minor erat. Indessen ist diese Befugniß nicht allgemein ausgesprochen, sondern nur für den Fall eines Sclavenhandels mit mehreren Sclavenhändlern (venaliciarii) [12]). Wir wollen es auch dahin gestellt sein lassen, ob man mit Ribbentrop [13]) diese anfänglich für jenen besondern Fall getroffene Bestimmung, wie andre derartige Bestimmungen des ädilicischen Edictes [14]), auf alle übrigen Fälle des Kaufes

---

[10]) l. 31. §. 6. cit.

[11]) l. 31. §. 10.

[11a]) Thatsächlich freilich könnte sehr wohl eine verschiedene Beurtheilung der Redhibitionsansprüche gegenüber den einzelnen Verkäufern eintreten.

[12]) l. 44. §. 1. D. eod. — Die venditio uno pretio ist hier wohl vorausgesetzt. Ribbentrop, a. a. O. S. 161. Note 22.

[13]) a. a. O. S. 168 f. A. M. v. Vangerow, Lehrb. Bd. 3. §. 609. sub III. Arndts, Pand. §. 304. Anm. 6. d. (Ausg. 2.) v. Savigny, Obl.-R. S. 204. Note 9.

[14]) S. z. B. l. 37. D. h. t. — In gewisser Weise ist eine solche Ausdehnung vom ganzen ädilicischen Edicte über Gewährsfehler zu behaupten. Vgl. l. 63. l. 1. pr. l. 49. D. h. t. — l. 1. §. 1. l. 38. pr. §. 5. eod.

in entsprechender Art übertragen dürfe. Die Aedilen suchen nämlich die Härte, welche in der fraglichen Bestimmung gegen den einzelnen ihr ausgesetzten Verkäufer zu liegen scheint, mit der Schlechtigkeit der zunächst davon getroffenen Sclavenhändler in äußerlichster Weise zu rechtfertigen; und diese Rechtfertigung läßt gewiß eine Verallgemeinerung nicht zu. Vielleicht aber liegt doch der eigentliche, innere und durchschlagende Grund des ganzen Satzes theils in der Billigkeit, ne cogatur emptor, qui unum contractum inierat, cum multis litigare, theils in dem timor, ne varie judicetur, — also in Gründen von allgemeinster Natur. — In diesem Falle soll, nach dem Inhalte des Edictes, das Gleiche von den ädilicischen Klagen überhaupt gelten, namentlich also auch von der actio quanti minoris.

Ob aber auch in den übrigen Fällen die für die Wandlungsklage bezeugte Untheilbarkeit ebenso von der Würderungsklage zu verstehen sei: das wird uns in den Quellen nicht gesagt. Wir glauben es nicht [15]). Denn in der That führt die Herabsetzung des Kaufpreises für eine Quote des Kaufobjectes keine der Unzuträglichkeiten herbei, welche aus der Redhibition einer Quote für die verkaufende Seite entspringen würden. Nur das ergiebt sich von selbst, daß die Anstellung der actio quanti minoris wegen einer Quote des Kaufobjectes in allen den Fällen, in welchen die Redhibition ungetheilt geschehen muß, eben die actio redhibitoria überhaupt unzulässig macht.

Es bleibt uns endlich noch übrig zu untersuchen, wie da, wo für die eine oder die andere Partei die Nothwendigkeit einer ungetheilten Redhibition vorliegt, der einzelne hierzu genöthigte Interessent seine Mitinteressenten zwingen kann, zu ihrem Theile zu dieser Redhibition mitzuwirken oder sich dieselbe gefallen zu lassen.

Betrachten wir zuerst den Fall, da auf käuferischer Seite mehrere Personen stehen. Wenn diese Mehrheit dadurch herbeigeführt ist, daß mehrere die in caussa redhibitionis befindliche Sache uno pretio gekauft haben, so liegt eine eigentliche societas unter ihnen vor. Das Gleiche würde auch dann gelten, wenn ein gemeinsamer Bevollmächtigter, z. B. auch ein servus communis als gemeinsamer Geschäftsführer seiner Herren, den Kauf für die mehreren Personen abgeschlossen hätte. Hat dagegen ohne eine solche, durch einen speciellen oder generellen Auftrag begründete, Stellvertretung ein servus communis kraft nothwendiger Vertretung seinen Herren einen Gegenstand käuf-

15) A. M. z. B. Planck, Mehrh. S. 400. Note 13.

lich erworben; oder ist der Käufer von mehreren Personen beerbt: so liegt rücksichtlich des gekauften Gegenstandes nur eine communio incidens unter den mehreren Personen vor. Aber weder diese communio noch jene societas scheinen uns dem einzelnen Interessenten einen directen Anspruch darauf zu geben, daß, falls er seinen Antheil am Kaufobjecte zu redhibiren gesonnen ist, seine Mitinteressenten auch die ihrigen redhibiren. Hier wird ihm daher, falls die letztern sich nicht gutwillig dazu verstehen, nichts übrig bleiben, als mittels des erforderlichen Auseinandersetzungsverfahrens, also nöthigenfalls mittels der actio communi dividundo oder familiae erciscundae, die Gemeinschaft aufzuheben. Dabei wird dann derjenige, dem das Kaufobject selber zuertheilt wird, sich die aus dem ädilicischen Edicte entspringenden Ansprüche seiner Mitinteressenten cediren lassen müssen.

Diese Grundsätze kommen auch dann zur Anwendung, wenn das Kaufobject durch prästabele Schuld eines der Interessenten beschädigt ist. Der Verkäufer braucht sich alsdann nicht eher auf die Redhibition einzulassen, bevor ihm nicht diese Beschädigung vergütet ist. Erst durch die Rückgewährung des Kaufobjectes sammt dem Ersatze der Verschlechterung desselben ist die Bedingung für die Rückzahlung des Kaufpreises erfüllt. Weigert sich nun der damnifex deshalb, überhaupt auf die Redhibition einzugehen, so bleibt den andern Interessenten nichts übrig, als gegen ihn die Theilungsklage anzustellen, bei welcher natürlich auch auf diese Beschädigung Rücksicht genommen wird. Läßt sich dagegen der damnifex zwar zur Redhibition herbei, will aber jene Vergütung dem Verkäufer nicht leisten, so kann jeder der andern Interessenten dieselbe auslegen und sich deshalb hernach mit dem damnifex berechnen. — Das Gleiche würde an sich auch von dem Falle gelten, wo das Kaufobject durch prästabele Schuld eines der Interessenten gänzlich vernichtet ist. Denn auch hier gilt der an die Stelle der Naturalrestitution tretende Ersatz als gemeinsame Bedingung für die Redhibitionsansprüche sämmtlicher Interessenten. Aber freilich wird in diesem Falle der Verkäufer schwerlich auf die solidarische Redhibition dringen, vielmehr gern zufrieden sein, wenn er damit abkömmt, daß er den einzelnen Redhibitionsinteressenten, gegen Empfang von dessen Antheil an der Ersatzsumme für das untergegangene Kaufobject, mit seinem Antheile am Kaufpreise zufriedenstellen kann. Und dieser wird sich dann nur wegen jenes Ersatzantheiles mit dem damnifex zu berechnen haben.

Wir gehen nunmehr über zu dem Falle, wo der einzelne von

mehreren Verkäufern, welche, sei es in Person, sei es durch einen Stellvertreter, uno pretio verkauft haben, die Redhibition des ungetheilten Kaufobjectes zu fordern berechtigt, oder nach l. 44. §. 1. cit. zu dulden verpflichtet ist[16]). Hier liegt stets eine wahre societas vor, die, wo sie nicht schon vor dem Abschlusse des Kaufgeschäftes vorhanden gewesen ist, jedenfalls in dem Augenblicke eintritt, in welchem die mehreren sich, ausdrücklich oder stillschweigend, zum Abschlusse jenes Geschäftes einigen. — Soweit es sich nun um die Verpflichtung des einzelnen zur Rücknahme der ganzen Sache handelt, können ohne Frage die socii, dafern das Dasein dieser Verpflichtung nur ordentlich festgestellt ist, mit der actio pro socio auf verhältnißmäßigen Ersatz des von ihm zurückgezahlten Kaufpreises belangt werden. Aber auch im andern Falle muß dies gelten, wo der einzelne Verkäufer, der Redhibition halber angegangen, diese, seinem Rechte gemäß, in solidum fordert. Denn im Abschlusse der Societät ist, wenigstens stillschweigend, die gegenseitige Verpflichtung eingegangen, einander für alle Nachtheile aufzukommen, welche aus dem gemeinsamen Verkaufe für den einzelnen Socius entspringen könnten. Ein solcher Nachtheil aber würde es für den mit der redhibitoria actio belangten socius sein, wenn er gezwungen wäre, sich entweder auf eine blos theilweise Redhibition einzulassen, oder aber, um dieser zu entgehen, die ganze Sache gegen Rückzahlung des ganzen Kaufpreises auf eigne Kosten endgültig zu übernehmen.

---

16) Eigenthümlich ist der Fall, wo ein servus communis eine gemeinsame Sache seiner Herren uno pretio verkauft, die er, und zwar zu dem Eigenthumsantheile eines jeden, von jedem in dem Peculium hat, das jeder für sich allein concedirt hatte. Eine Societät im eigentlichen Sinne liegt hier unter den mehreren Herren nicht vor. Jeder einzelne aber haftet dem Käufer des Sclaven mit der actio redhib. de peculio bis zu dem Gesammtwerthbetrage aller Peculien des Sclaven für das ganze Kaufgeschäft und kann deshalb natürlich auch die Redhibition des ganzen Kaufobjectes alsdann fordern, wenn der Käufer ihn de peculio in solidum belangt. Abgesehen hiervon aber wird er nur die Redhibition seines Antheils am Kaufobjecte fordern können; denn die ungetheilte Einheit des Kaufgeschäftes ist nur vorhanden in Beziehung auf den Sclaven, nicht aber auf die einzelnen Herren, soweit diese nicht, wenigstens eventuell, bei der concessio peculii, eine wahre societas zu schließen und somit auf gemeinschaftliche Rechnung einheitliche Geschäfte durch den gemeinsamen Sclaven für die vereinigten Peculien einzugehen beabsichtigt hätten.

§. 26. III. Obligationes arbitrariae aus Interdicten*).

Infolge eines vom Jurisdictionsmagistrate erlassenen Interdictes kann ein weiterer Rechtsstreit unter den Parteien entstehen, sofern sie sich nämlich nicht zu einigen vermögen sei es darüber, ob in concreto die Voraussetzungen für das Interdict vorhanden sind, sei es darüber, ob der Beklagte dem, an sich bindenden, Interdicte ordnungsmäßig nachgekommen ist[1]). Dieser weitere Rechtsstreit wird aber nicht vom interdicirenden Magistrate selber entschieden, sondern mittels der schriftlichen Instruction des gewöhnlichen Formularprocesses zur Aburtheilung an einen oder an mehrere Privatgeschworne (judex oder arbiter oder recuperatores[2]) gewiesen.

Hinsichtlich der näheren Modalitäten dieser Ueberweisung findet bekanntlich ein sehr erheblicher Gegensatz zwischen zwei möglichen Procedurformen statt. Entweder nämlich wird die Instruction eines Privatrichters zur endgültigen Regulirung des streitigen Verhältnisses nicht sofort mit dem Erlasse des Interdictes verbunden, vielmehr von einem neuen Antrage des klagenden Theiles abhängig gemacht. Und alsdann zieht das Unterliegen in diesem folgenden Processe hohe Proceßbußen nach sich, deren Verfallen in der Form von Poenalsponsionen vermittelt wird. — Oder aber es wird auf Ansuchen namentlich des Beklagten jene Instruction sofort mit dem Erlasse des Interdictes verbunden. Alsdann treten Proceßbußen nicht ein; die Instruction in einer formula arbitraria bezweckt nur die Regulirung des streitigen, durch das Interdict geschützten, Verhältnisses selber.

Diese letztere Procedurform ex interdicto begründet zweifellos eine obligatio arbitraria. Das Gleiche dürfen wir indessen wohl mit Sicherheit auch für viele Fälle der andern Procedurform annehmen, sofern wir in derselben nicht sowohl die Verfolgung der verwirkten Proceßbuße, als die neben dieser mit Nothwendigkeit eintretende Regulirung des eigentlichen Streitverhältnisses selber im Auge haben[3]). Es gehören hierher nämlich einerseits alle interdicta restitutoria und exhibitoria, welche sowohl in der einen wie in der andern Procedurform erledigt werden können; und anderseits von den interdicta prohibitoria, für welche ausschließlich die Procedurform

*) Vgl. K. A. Schmidt, Das Interdiktenverfahren der Römer. S. 235 ff.

[1]) Gajus IV. §. 141.

[2]) Gaj. IV. §. 141. cit. §§. 163—165.

[3]) Schmidt, a. a. O. S. 253 ff. sub II.

cum sponsione et periculo statthaft ist[4]), diejenigen, welche eine Anlage verbieten, und diejenigen, welche die Störung im Besitzen, Haben einer Sache untersagen, und deren Verletzung daher durch die Naturalrestitution der Anlage oder des gestörten Besitzens und Habens ausgeglichen werden kann[5]). Es ist somit durchaus gerechtfertigt, daß wir diese obligationes ex interdictis, sofern ihr Inhalt auf etwas Untheilbares gerichtet ist, an dieser Stelle erörtern.

Die übrigen prohibitorischen Interdicte geben ein Verbot, dessen Verletzung nicht im Wege einer Naturalrestitution, sondern nur durch Schadensersatz in Gelde gutzumachen ist. Sie haben eben deshalb in ihrem weitern Verlaufe eine arbitraria obligatio nicht zur Folge, und gehören somit streng genommen nicht hierher. Des Zusammenhanges wegen scheint es jedoch zweckmäßig, ihrer hier zu erwähnen, zumal, da sich ihre Beziehungen zur Untheilbarkeit mit wenigen Worten darlegen lassen.

Wir haben in §. 14. gesehen, wie die Verpflichtung zu einer Unterlassung insbesondere in der Rücksicht eigenthümlich ungetheilte Beziehungen auf die mehreren Erben des Schuldners hat, daß die Verletzung jener Verpflichtung vonseiten eines Erben auch einen jeden Miterben zur Leistung des Schadensersatzes pro portione hereditaria alsdann verpflichtet, wenn nicht die Vornahme der verbotenen Handlung dem einzelnen Erben gerade nur pro portione hereditaria möglich ist. Bei den gegenwärtig in Frage stehenden interdicta prohibitoria bleibt diese Untersuchung indessen ohne alle Anwendung. Denn das Interdict, welches gegen den Erblasser erwirkt ist, bindet den Erben überhaupt nicht[6]). Eine Beziehung jener Verpflichtung zu einem non facere auf die mehreren Erben des ursprünglichen Interdictenverklagten als solche ist daher undenkbar. Ein jeder der mehreren Erben wird vielmehr durch das Interdict, welches gegen den gemeinsamen Erblasser bereits erwirkt worden war, nur unter der Voraussetzung getroffen, daß dasselbe gegen ihn wiederholt ist. Alsdann aber stehen diese mehreren Erben in dem Verhältnisse mehrerer Schuldner, welche von Anfang an zu einer Unterlassung verpflichtet sind. Und von solchen wissen wir, daß keiner für das Zuwiderhandeln

---

[4]) Ulpian. fragm. Endlicher. (Böcking, Ulp. Lib. 1. Inst. fragm. 3.) Gaj. IV. §. 141.

[5]) Schmidt, S. 261. sub 1 und 2.

[6]) Schmidt, S. 250. vgl. das. S. 161 ff. sub III. A.

des andern aufzukommen habe [7]). — Wäre aber schon gegen den Erblasser ex interdicto das weitere Klagverfahren bis wenigstens zum Abschlusse der Poenalsponsionen eingeleitet, so würde dieses natürlich gegen seine Erben übergehen. Und jeder einzelne derselben hätte aus der Poenalsponsion des Erblassers pro parte hereditaria zu haften; ebenso aber auch aus der Nachklage wegen des Schadensersatzes. Denn diese Forderung, auf baares Geld gerichtet, ist durchaus theilbar [8]).

Kehren wir nunmehr zur ausschließlichen Betrachtung der obligationes arbitrariae aus Interdicten zurück.

Wie wir in §. 21. bevorwortet haben, sehen wir auch hier ab von denjenigen Fällen dieser Klagen, in denen die Haftung aus ihnen eine Haftung ex delicto ist. Die danach unsrer Betrachtung überhaupt unterliegenden Fälle sondern sich, wie die selbständigen obligationes arbitrariae, in zwei Kategorieen, nach dem Gesichtspuncte, ob eine Vermögensvermehrung auffeiten des Beklagten für sie Voraussetzung ist oder nicht.

Auf eine Vermögensvermehrung kömmt es nicht an namentlich bei folgenden Interdicten:

quod vi aut clam gegen denjenigen, der das vi aut clam factum besitzt [9]);

restitutorium ex operis novi nuntiatione gegen den possessor operis [10]);

de tabulis exhibendis gegen denjenigen, welcher die thatsächliche Möglichkeit der Exhibition hat [11]); —

sowie überhaupt

bei allen interdicta restitutoria gegen den, qui factum habet [12]).

Es kömmt in allen diesen Fällen nur auf die thatsächliche Möglichkeit an, die Exhibition oder die restitutio operis zu gewähren.

---

7) S. oben §. 14. S. 107 f.

8) Die Formel derselben s. bei Schmidt, S. 262 f.

9) l. 7. pr. l. 16. §. 2. l. 13. §. 7. l. 14. l. 15. pr. D. h. t. 43, 24.

10) l. 22. D. h. t. 39, 1. Der Erbe des Nuntiaten, welcher hier erwähnt wird, haftet als possessor natürlich ebenso.

11) l. 1. pr. §. 1. D. h. t. 43, 5.

12) l. 1. §. 1. D. de O. N. N. 39, 1. Schmidt, S. 194 f. vgl. das. S. 155 ff. s. z. B. l. 2. §§. 35. 37. D. ne quid in loco publ. 43, 8.

Und zwar braucht rücksichtlich dieser Restitution nur patientia destruendi gewährt zu werden [13]).

Steht diese Möglichkeit mehreren Personen zu, so kann gegen jede einzelne derselben das Interdict ausgewirkt werden. Nach Analogie der actio ad exhibendum, welche gegen jede der mehreren zur Exhibition befähigten Personen in solidum geht, wird infolge des Interdictes ein jeder einzelne Interdictenbeklagte in solidum verurtheilt werden müssen, wenn er die Möglichkeit der Naturalerfüllung in mora oder culpa verliert. Umgekehrt aber wird er auch nach dieser Analogie freizusprechen sein, wenn die Unmöglichkeit der Naturalerfüllung für ihn eine unverschuldete ist. Von einer Theilung der Condemnation unter die mehreren dem Interdicte ausgesetzten Personen ist hier also keine Rede. Und dasselbe muß auch dann gelten, wenn das Interdict schon gegen den Erblasser erwirkt war, und infolge des Interdictes ein weiteres Verfahren schon bis zu einem gewissen Puncte vorgerückt ist, — nämlich beim Verfahren cum sponsione bis wenigstens zum Abschlusse der Sponsionen, beim Verfahren sine sponsione bis zur Litiscontestation, welche hier dem Erlasse des Interdictes sich unmittelbar anschliest. Beim letztern Verfahren wird der einzelne Erbe unter allen Umständen freizusprechen sein, wenn ihm ohne seine Schuld die facultas exhibendi oder restituendi mangelt; während er umgekehrt in solidum zu verurtheilen ist, wenn ihm diese Fähigkeit zusteht oder durch seine Schuld verloren gegangen ist. Ist dagegen cum sponsione geklagt, so wird zwar rücksichtlich der auf die Hauptsache gerichteten Nachklage in gleicher Weise die Freisprechung oder Verurtheilung eintreten müssen; aus der Sponsion des Erblassers aber haftet der Erbe, falls der Erblasser selber aus ihr gehaftet haben würde, pro portione hereditaria des Betrages, auf welchen der Erblasser selber gehaftet hätte. —

Auf eine Vermögensvermehrung kömmt es an namentlich bei folgenden Interdicten, welche auf etwas Untheilbares gerichtet sein können:

bei dem interdictum ‚quod vi aut clam gegen den, qui vi aut clam fecit, sofern seit seiner letzten Vornahme ein annus utilis

13) l. 2. §. 43. D. ne quid in loco publ. 43, 8. l. 22. cit. D. de O. N. N. 39, 1. und die Stellen der Note 9. s. Schmidt, S. 36, 37. 203 f. sub 3. Der dolo desinens habere und der dolo faciens, quominus res ad eum perveniret, haftet, als wenn er hätte. Vgl. Schmidt, S. 158 ff. s. z. B. l. 2. cit. §§. 39. 42. D. 43, 8.

verflossen ist[14]), — sowie gegen den Erben dieses Thäters als Erben schlechthin[15]);

bei dem interdictum restitutorium ex operis novi nuntiatione gegen den Erben dessen, der während fortdauernder Wirksamkeit einer Nuntiation ein opus errichtet hat, als solchen[16]);

bei dem interdictum fraudatorium gegen den, qui particeps fraudis in fraudem creditoris aliquid percepit, nach Ablauf eines annus utilis seit der geschehenen bonorum venditio im Concurse[17]); — sowie gegen dessen Erben als solchen[18]) — und endlich gegen den, qui non particeps fraudis titulo lucrativo aliquid percepit[19]).

Ueber die Bedeutung, in welcher die Vermögensvermehrung für die einzelnen Fälle zu verstehen ist, entscheiden ganz die nämlichen Grundsätze, welche wir für die entsprechenden Fälle selbständiger obligationes arbitrariae in §. 24. entwickelt haben[20]). Insbesondere steht auch der dolus des dem Interdicte Ausgesetzten, quominus ad eum perveniret, seiner wirklichen Bereicherung in dem entsprechenden Sinne gleich[21]).

Rücksichtlich der einzelnen untheilbaren Leistungen, welche wegen einer Vermögensvermehrung der beklagtischen Seite mit dem interdictum fraudatorium gefordert werden können, dürfen wir gleichfalls auf das verweisen, was wir in dieser Beziehung über die actio Paulliana in §. 24. gesagt haben[22]). — Ist hier nun eine Mehrheit von Personen dem Interdicte ausgesetzt, so kann die einzelne, mit dem Interdicte wirklich getroffene,

---

14) Schmidt, S. 102 f. S. 116. l. 1. pr. D. h. t. 43, 24. l. 4. D. de interd. 43, 1. — l. 15. §. 4. D. h. t. 43, 24.

15) l. 15. §. 3. D. h. t.

16) l. 20. §. 8. D. h. t. 39, 1. vgl. l. 22. eod. s. oben Note 10.

17) l. 10. §. 24. D. h. t. 42, 8. vgl. pr. und §. 18. eod. s. auch l. 6. §. 14. eod.

18) l. 10. §. 25. l. 11. D. eod.

19) l. 25. pr. l. 10. pr. i. f. §. 24. i. f. §. 5. D. h. t. 42, 8. l. 5. Cod. de revocand. his, quae in fraud. 7, 75. vgl. oben §. 24. Note 2.

20) S. das. zu Noten 11—20.

21) S. §. 24 Note 19. s. auch Schmidt, S. 165 ff. — l. 15. §. 10. D. quod vi aut clam. 43, 24. l. 20. §. 8. D. de O. N. N. 39, 1. l. 10. §. 24. D. quae in fraud. cred. 42, 8. citt. l. 157. §. 1. D. de R. J. 50, 17.

22) S. das. S. 209 f. sub 1—4. zu Noten 22. 27. 31. vgl. auch Schmidt, S. 46 f.

Person sich ohne Frage durch die Naturalrestitution des fraudulos veräußerten untheilbaren Vermögensstückes liberiren. Und damit werden gleichzeitig auch die übrigen liberirt. Es muß indessen, dafern dem einzelnen Interdictenbeklagten die Naturalrestitution unmöglich ist, zu seiner Befreiung hinreichen, wenn er vollständig alles herausgiebt, was den Betrag der ihn verpflichtenden Vermögensvermehrung ausmacht, sollte damit auch keineswegs der untheilbare Gegenstand selbst, welcher aus dem Vermögen des Cridars gekommen ist, restituirt worden sein. Jedenfalls wird die condemnatio pecuniaria wegen der Hauptsache niemals auf mehr gehen dürfen, als auf den Werthbetrag dieser Bereicherung.

Die untheilbaren Leistungen, welche mit den interdicta quod vi aut clam und restitutorium ex o. n. n. gefordert werden können, bestehen immer nur in der restitutio operis. Ist aber in der That ein Unterschied zwischen den Fällen dieser Interdicte, in denen jemand thatsächlich in der Lage ist, patientia destruendi zu gewähren, und denjenigen, in denen aliquid ad eum pervenit: so müssen die letztern Fälle solche sein, in denen der Verpflichtete entweder in jener Lage überhaupt sich nicht befindet, oder in denen wenigstens insoweit diese Lage außer Betracht bleibt. Damit scheiden diese Fälle gänzlich von unsrer Betrachtung aus. Es kömmt in ihnen eben nur an auf die Herausgabe einer grundlosen Bereicherung, die der Beklagte auf Unkosten des Klägers machen würde. Mehr, als ihm entgangen, wird der Kläger daher nie fordern können. — Es hat z. B. derjenige, welcher auf seinem Grundstücke vi oder clam ein opus errichtet hat, dieses opus halber sein Grundstück sehr vortheilhaft, um einen nachweisbar höhern Preis, verkauft, als er ihn sonst erlangt haben würde; und dieser Preis ist auf seinen Erben gekommen. Der Erwerber des Grundstücks haftet nur für patientia destruendi; der Erbe des Thäters wird mit dem Interdicte die Impensen der Restitution und etwaigen sonstigen Schaden des Klägers soweit zu ersetzen haben, als jener Preis, vermindert um den Betrag der etwaigen Regreßansprüche des Käufers, dazu reicht; niemals aber mehr als das Interesse des Klägers.

Und das Gleiche gilt von allen andern Interdicten, welche sonst etwa noch in entsprechender Weise gerichtet werden können in id, quod ad aliquem pervenit.

Zweites Capitel.

Obligationes bonae fidei *).

§. 27. A. Ueberſicht.

In den Formen der bonae fidei obligationes bewegt ſich Handel und Wandel des alltäglichen Lebens, wie ſie denn ſammt und ſonders auf Verträgen oder vertragsähnlichen Verhältniſſen beruhen. Wir haben deshalb bei ihrer Betrachtung eine große Menge einzelner Obligationsarten ins Auge zu faſſen, welche untheilbare Verbindlichkeiten erzeugen können.

Allein, trotz dieſer Mannigfaltigkeit der Obligationsarten, aus welchen die einzelnen untheilbaren Verbindlichkeiten entſpringen können, laſſen ſich dieſe letztern nicht ſchwer unter wenige allgemeinere Geſichtspuncte bringen. Dieſe Geſichtspuncte nämlich ergeben ſich ſehr natürlich nach dem beſtimmten untheilbaren Inhalte der einzelnen Verbindlichkeiten. Es ſind danach, gemäß unſerer früheren Erörterungen, im ganzen ſechs Kategorieen untheilbarer obligationes bonae fidei zu unterſcheiden [1]). Nur, daß freilich die praktiſche Wichtigkeit der einzelnen dieſer Kategorieen ſehr verſchieden iſt.

Zuvörderſt jedoch ſcheiden ſich die obligationes bonae fidei, welche auf einen untheilbaren Gegenſtand gerichtet ſind, in zwei Gruppen, deren principiellen Gegenſatz wir ſchon bei der Beſprechung der obligationes strictae kennen gelernt haben [2]). Die eine dieſer Gruppen nämlich begreift diejenigen Schuldverhältniſſe, bei denen die Klage angeſtellt werden kann, wenn die untheilbare Naturalerfüllung noch möglich iſt. (§§. 29 — 34). Die andere Gruppe bilden dagegen ſolche untheilbare Obligationen, aus denen ſtets erſt dann geklagt werden kann, wenn die Vornahme der Naturalerfüllung unmöglich erſcheint, bei denen mithin in der That auf das Intereſſe, alſo auf eine theilbare Leiſtung, geklagt wird. Wir ſtellen zweckmäßig die Erörterung dieſer zweiten Gruppe voran (§. 28.), weil wir gerade über ſie mit Rückſicht auf den Eintritt einer Theilung der Condemnation ausführliche Quellennachrichten beſitzen.

Als eine dritte Claſſe von obligationes bonae fidei bleiben

---

*) Vgl. Ribbentrop, Correalobligationen. §§. 9. 10. S. 44—83. §. 19. S. 119—149. §. 24. S. 222—241. namentlich S. 228 ff.

1) S. oben §. 20. a. E.

2) S. oben §. 11. S. 72 ff. §. 12. S. 75 ff. §. 14. S. 105 ff.

uns endlich noch diejenigen dieser Obligationen zu besprechen übrig, welche auf einen an sich theilbaren Gegenstand gerichtet sind, der aber nach dem Willen der Constituenten ungetheilte Beziehungen zu einer vorhandenen Mehrheit von Obligationssubjecten bietet. (§. 35.)

§. 28. B. Obligationen, aus denen erst geklagt werden kann, wenn die Naturalerfüllung nicht mehr möglich ist.

Diejenigen contractlichen oder quasicontractlichen obligationes bonae fidei, vermöge deren jemand als Stellvertreter eines andern für diesen ein Rechtsgeschäft vornimmt, oder ein fremdes Vermögen verwaltet, gewähren dem dominus negotii den Anspruch auf Rechnungsablage über diese Geschäftsbesorgung und Vermögensverwaltung. Daß nun die Verwaltung eines Vermögens und die Besorgung eines Geschäftes in der That quotenweis untheilbare Handlungen sind, bedarf keines Beweises [1]). Und hierin darf man sich auch nicht irremachen lassen dadurch, daß der Gegenstand der Verwaltung recht wohl die Quote eines Vermögens, der Gegenstand der Besorgung recht wohl eine Quote des Eigenthums an einer Sache sein kann. — In dem Augenblicke jedoch, in welchem jener Anspruch auf Rechnungsablage klagbar gemacht werden kann, handelt es sich, soweit derselbe geht, selbstverständlich nicht mehr um die zukünftige Vornahme von Besorgungs- und Verwaltungsacten.

Mit der Rechnungsablage ist häufig, obschon nicht immer [1a]), die Verpflichtung verbunden, dem dominus negotii diejenigen Vermögensstücke sämmtlich oder zum Theil [2]) herauszugeben, welche infolge der Verwaltung oder Geschäftsbesorgung inhänden des Verwalters oder Stellvertreters sich befinden. Im einzelnen kann die Verpflichtung zu dieser Herausgabe einen sehr verschiedenen rechtlichen Inhalt haben. Bald geht sie auf die Restitution der bloßen naturalis possessio, bald auf die Uebertragung des juristischen Besitzes oder des Eigenthums sei es an einer individuellen Sache, sei es an Quantitäten fungibeler Sachen, z. B. an Geldsummen; bald auf die Cession einer Forderung, u. s. w. — Die Theilbarkeit oder Untheilbarkeit dieser Restitutionspflicht beurtheilt sich im einzelnen ganz und gar nach den

---

1) S. übrigens l. 11. D. ad municip. 50, 1.

1a) z. B. bei fortlaufender custodia eines fremden Vermögens.

2) z. B. bei fortlaufender Verwaltung eines fremden Vermögens die Herausgabe nur der Nettoerträge.

besondern Grundsätzen, die für ihre verschiedenen Gegenstände gelten. Hier sehen wir daher von dieser Verbindlichkeit durchaus ab und beschränken unsere Erörterung lediglich auf die Verbindlichkeit zur Leistung des Interesse, welche sich infolge einer schuldhaften Verwaltung oder Geschäftsbesorgung bei der Rechnungsablage herausstellt.

Es handelt sich also hier unleugbar um einen völlig theilbaren Anspruch.

Von selbst versteht es sich daher, daß ein einzelner von mehreren domini negotii nicht blos mittels der Condemnation des gemeinsamen Geschäftsführers lediglich sein besonderes Interesse erlangen, sondern auch, daß er in eignem Namen nur die Rechnungsablage für seinen Antheil an der gemeinsamen Geschäftsführung zu begehren vermag. — Es macht in dieser Beziehung auch gar keinen Unterschied, ob jene Mehrheit vom domini negotii von Anfang an vorhanden gewesen oder aber erst infolge eines Erbganges eingetreten ist.

Nicht so einfach erledigt sich das umgekehrte Verhältniß, wenn eine und dieselbe Geschäftsführung mehreren Personen obgelegen hat.

Es ist hier zuvor der Fall auszuscheiden, da ein jeder der mehreren Geschäftsführer rechtlich seinen besondern Antheil an der Verwaltung eines ganzen Vermögens, oder jeder die gesonderte Besorgung eines einzelnen oder einiger von mehreren Geschäften desselben dominus zu führen hat. So, wenn z. B. die Vormundschaft unter mehrere Vormünder gemäß testamentarischer oder obrigkeitlicher Anordnung nach Geschäftszweigen oder nach Vermögensmassen, namentlich örtlich, getheilt ist [3]). Hier liegen in der That nicht nur mehrere selbständige Obligationen vor, sondern auch mehrere Obligationen, welche sich auf verschiedene Objecte beziehen. Und dies Verhältniß wird auch dadurch nicht verändert, daß ein jeder einzelne der mehreren Geschäftsführer, neben der Besorgung seines Geschäftskreises, etwa zur Aufsicht über die anderen Geschäftskreise verpflichtet ist, wie dies unser Recht für mehrere Vormünder bei ordnungsmäßig getheilter Vormundschaft vorschreibt [4]), und wie es für gewillkürte Stellvertreter ohne Frage durch den Willen der Parteien bestimmt werden kann.

---

[3]) tutela oder cura divisa. s. l. 3. §. ult. l. 4. l. 51. l. 55. pr. i. f. D. de adm. tut. 26, 7. l. 2. Cod. de divid. tut. 5, 52.

[4]) l. 9. §§. 8. 9. l. 19. l. 39. §. 7. l. 41. l. 46. §. 6. l. 47. §. 2. D. de adm. tut. 26, 7. l. 5. D. de magistr. conv. 27, 8. l. 1. §. 15. D. de tut. 27, 3. l. 2. Cod. cit. 5, 52. — Hierüber s. unten zu Noten 21. 22.

Bei weitem der wichtigste der hierher gehörigen Fälle ist die Verpflichtung mehrerer Vormünder bei rechtlich ungetheilter Verwaltung.

Ein jeder einzelne der mehreren Vormünder ist hier verpflichtet, „die gesammten Anlegenheiten, das gesammte Vermögen des Pupillen zu verwalten, und haftet dafür gerade so, als wäre er der alleinige Vormund. Läst er sich also eine Versäumniß oder irgend ein anderes Versehen zuschulden kommen, so ist er den, dem Pupillen daraus erwachsenden Schaden in solidum zu ersetzen verbunden. Fällt beiden Vormündern eine Versäumniß oder ein Versehen zur Last, so haften beide in solidum, da eine Beziehung der Verschuldung des einzelnen blos auf einen Theil des Schadens etwas völlig Willkürliches haben würde" [5]). Weiter aber als für sein eigenes Verschulden haftet der einzelne nie.

Wenn nun danach aber auch mehrere zur gemeinsamen Administration verpflichtete Vormünder nach strengem Rechte in solidum haften; so kömmt doch diese Haftung selten in der Gestalt rein zur Anwendung, daß der gewesene Mündel durchaus die Wahl hätte, wen von ihnen er in solidum ausklagen wolle. Ein derartiges Wahlrecht steht dem Kläger wohl nur dann zu, wenn jeder der mehreren Vormünder aus einer dolosen Beschädigung des Mündelvermögens haftet [6]). In allen andern Fällen hat, nach dem ausdrücklichen Zeugnisse der Quellen, die aequitas auf die praktische Gestaltung der solidarischen Haftverbindlichkeit des einzelnen Vormundes einen sehr erheblichen Einfluß [7]). Zunächst haftet nach dieser aequitas derjenige Vormund, welcher wirklich die Verwaltung für den bestimmten Geschäftskreis geführt hat, der gerade in Frage kömmt [8]). Die der Administration fern gebliebenen Vormünder haften erst, wenn und soweit wegen der Insolvenz des gerirenden der Mündel ohne seine Schuld nicht befriedigt wird [9]). — Sodann sollen mehrere, danach auf gleicher Linie

---

5) Ribbentrop, S. 62 f. l. 38. pr. §. 1. D. de adm. tut. 26, 7.

6) l. 55. §. 1. D. de adm. tut. 26, 7. l. 1. §. 21. vgl. §. 14. D. de tut. 27, 3. l. 15. eod. vgl. übrigens l. 38. §. 2. D. de adm. tut. 26, 7. Nicht dagegen ist l. 2. Cod. de div. tut. 5, 52. s. darüber Ribbentrop, S. 68. Note 9.

7) a) l. 12. D. rem pup. 46, 6. (Papinian.) — aequitas arbitrii et officium boni viri. — b) l. 1. §. 11. D. de tut. 27, 3. — aequissimum erit. — c) l. 3. D. de magistr. conv. 27, 8. — non erit iniquum.

8) beneficium ordinis s. excussionis. Rudorff, Vormundsch. Bd. 3. §. 162. S. 28 ff.

9) l. 1. und l. 3. Cod. de div. tut. 5, 52. l. 2. Cod. si tut. vel curat. n. gess. 5, 55. l. 6. Cod. arb. tut. 5, 51. l. 8. Cod. de adm. tut. 5, 37.

haftende, Vormünder die Theilung der Klage pro portionibus virilibus fordern dürfen, soweit sie alle zahlungsfähig sind, sodaß die, dem Klagberechtigten nicht zur Last zulegende, Zahlungsunfähigkeit des einzelnen von ihnen den übrigen gleichmäßig zur Last fällt [10]. — Und endlich hat der einzelne von mehreren, zu gemeinsamer Administration verpflichteten, Vormündern, welcher infolge gemeinsamer Culpa mehr zahlen soll, als er kraft jener beiden beneficia zu zahlen gehalten sein würde, das Recht, vor der Zahlungsleistung die Cession der Klagen des gewesenen Mündels gegen seine Mitvormünder und die übrigen, aus der Vormundschaft verpflichteten Personen zu verlangen [11]. Mit diesen cedirten Klagen nimmt er dann pro rata seinen Regreß gegen seine Mitschuldner [12])

In ganz entsprechender Weise haben wir das Rechtsverhältniß mehrerer Personen anzunehmen, denen eine ungetheilte Vermögensadministration in anderer Art aufgetragen ist, mag dieser Auftrag in einem obrigkeitlichen Amte [13]), in einer cura bonorum [14]), oder in

---

[10]) beneficium divisionis. Rudorff, a. a. O. §. 163. S. 30 f. l. 38. pr. §. 1. D. de adm. tut. 26, 7. vgl. l. 39. §. 11. eod. l. 1. §§. 10—12. D. de tut. 27; 3. — S. l. 1. Cod. cit. de div. tut. 5, 52. — Die aequitas der Theilung beruht auf dem Gedanken, daß dem einzelnen Schuldner, sofern der Gläubiger nicht darunter leidet, die Erfüllung seiner Verbindlichkeit möglichst erleichtert werden soll. S. l. 22. D. dep. 16, 3. — nec enim amplius actoris interest. — Ueber eine andre Anwendung dieses Gedankens s. Ubbelohde, Ipso jure compensatur. §. 19. S. 184 ff.

[11]) beneficium cedendarum actionum. Rudorff, §. 164. S. 31 ff. l. 1. §. 18. D. de tut. 27, 3. l. 2. Cod. cit. de div. tut. 5, 52. l. 1. und 2. Cod. de contr. tut. 5, 58. l. 6. Cod. arbitr. tut. 5, 51. — Möglicherweise hat er sich auch von den Mitvormündern schon Deckung versprechen lassen. l. 39. §. 5. D. de adm. tut. 26, 7.

[12]) l. 42. D. de adm. tut. 26, 7. l. 3. D. de magistr. conv. 27, 8. (Das privilegium exigendi ex persona pupilli hat der Cessionar nicht.) Bei unterlassener Cession wird der Regreß mittels einer actio utilis gewährt. l. 1. §. 13. D. de tut. act. 27, 3. l. 2. Cod. de contr. jud. tut. 5, 58. Auch kann, beim Vorhandensein ihrer allgemeinen Voraussetzungen, die neg. gest. actio contraria statthaben. l. 30. D. h. t. 3, 5. Rudorff, Vormundsch. Bd. 3. §. 164. S. 36 ff. Alfr. Brinkmann a. a. O. S. 145 ff. sub 3.

[13]) l. 11—13. D. ad municip. 50, 1. l. 3. 4. pr. 9. §. 8. D. de adm. rer. ad civ. 50, 8. l. 45. D. de adm. tut. 26, 7. tit. Cod. quo quisque ord. 11, 35. u. s. w. s. Ribbentrop, S. 72—77, namentlich Note 17.

[14]) Gar nicht hierher gehören l. 2. §§. 2. 5. und l. 3. D. de curat. bon. dando 42, 7.

einem gewöhnlichen Mandate[15]) bestehen. Und ebenso das Verhältniß mehrerer Personen, welche ex mandato die Besorgung eines und desselben einzelnen Geschäftes in solidum übernommen haben.

Zu beachten ist jedoch eine nicht unbedeutende Verschiedenheit, welche stattfindet zwischen den auf einem rein privativen Mandate beruhenden Geschäftsbesorgungen einerseits und denjenigen Vermögensverwaltungen anderseits, welche auf einem öffentlichen Amte oder wenigstens auf öffentlicher Anordnung beruhen, wie die Vormundschaften und Vermögenscuratelen. Bei der erstern Classe von Geschäftsbesorgungen nämlich steht dem Beauftragten regelmäßig die Befugniß zu, an seiner Stelle einen Dritten mit der Geschäftsbesorgung zu betrauen, und zwar mit der Wirkung, daß der Substituent rücksichtlich des Substituten nur für omnis culpa in eligendo haftet und seine eigne mandati actio seinem Auftraggeber cediren muß[16]). Das Dasein dieser Substitutionsbefugniß ist übrigens, sofern keine ausdrückliche Erklärung darüber vorliegt, ganz und gar nach den Grundsätzen der bona fides aus dem muthmaßlichen vernünftigen Vertragswillen der Parteien zu interpretiren. Und so kann es zwar möglicherweise diesem Willen entsprechen, daß die eine von mehreren mit derselben Besorgung beauftragten Personen den von ihr geforderten Antheil an dieser Besorgung einem Dritten überhaupt nicht überlassen darf, am wenigsten aber gerade einem ihrer Mitmandatare, zu deren besonderer Beaufsichtigung und Unterstützung sie vielmehr neben ihnen thätig zu werden durchaus verpflichtet erscheint. In den meisten Fällen jedoch wird jene Substitutionsbefugniß des Mandatars nicht schon darum als ausgeschlossen gelten, weil er neben andern beauftragt worden ist. Man wird nämlich in der Regel in einem solchen Falle nicht anzunehmen haben, es sollen nach dem Willen des Auftragsgebers die mehreren Mandatare gemeinsam zur Erfüllung des Auftrages thätig werden; sondern, das „Mandat sei nur darum mit Mehreren [zugleich] contrahirt worden, damit der Mandant der Erreichung seines Zweckes desto gewisser sei, also in der Absicht, daß der Auftrag, wenn nicht von dem Einen, doch gewiß von dem Andern ausgerichtet werde“[17]). Und unter dieser Voraussetzung wird der einzelne der mehreren Man-

15) l. 60. §. 2. D. mand. 17, 1. l. 15. D. de tut. act. 27, 3.

16) l. 8. §. 3. D. mand. 17, 1. l. 28. D. de negot. gest. 3, 5. l. 2. §. 1. D. si mensor. 11, 6.

17) Ribbentrop, S. 231.

datare, so gut er einen beliebigen Dritten sich substituiren dürfte, gewiß nicht minder seinen Mitmandatar auch seinerseits mit der ihm selber aufgetragenen Besorgung weiter beauftragen können, sodaß also er, der substituirende Mandatar, nur in der angegebenen Weise aus dem ihm ertheilten Auftrage haften würde. — Ganz anders aber verhält es sich mit der zweiten Classe von Geschäftsführungen. Wem eine solche kraft öffentlichen Amtes oder vermöge öffentlichen Auftrages obliegt, der soll dieselbe selber administriren. Dazu ist er ernannt und angestellt und, selbst wenn er sich gesetzlich hätte excusiren können, jedenfalls durch die Uebernahme seines Amtes verpflichtet. Es liegt also in der That schon ein Verschulden darin, wenn ein Tutor oder Curator die ihm persönlich obliegende Geschäftsführung dem Mitvormunde überlassen hat, obgleich vielleicht durchaus kein Grund vorlag, in die Gewissenhaftigkeit und Tüchtigkeit dieses Mitvormundes einen Zweifel zu setzen [18]).

Endlich ist noch der Fall übrig, da mehrere Personen ohne Auftrag sich einer und derselben Geschäftsführung annehmen. Theilen sie sich nach Uebereinkunft in die Besorgungen, sodaß ein jeder von ihnen einen bestimmten Kreis der fremden Geschäfte verwaltet, um welchen die übrigen sich nicht weiter kümmern wollen: so ist von einer gemeinsamen Geschäftsführung überhaupt nicht die Rede; ein jeder einzelne haftet ausschließlich für den von ihm übernommenen Geschäftskreis [19]). Hat dagegen ein jeder der mehreren Gestoren eine und dieselbe specielle Besorgung vorgenommen, aber ein jeder völlig unabhängig vom andern, z. B. ein jeder einzelne von mehreren Nachbarn während der Abwesenheit des Hauseigenthümers für diesen mit einem Zimmermanne über die neue Aufständerung des baufällig gewordenen Hauses contrahirt: so ist die Handlung eines jeden für sich zu beurtheilen, und zwar nicht blos rücksichtlich ihrer utilitas, sondern nicht minder rücksichtlich der Haftung eines jeden einzelnen Gestor. — Haben die mehreren Gestoren gemeinschaftlich und mit bewußter Rücksicht auf einander sich derselben Geschäfte angenommen: so wird ihre Haftung völlig derjenigen mehrerer gemeinsam gerirenden Vormünder entsprechen. Ein jeder haftet daher unbedingt für seinen Dolus; im übrigen wird er begehren dürfen, daß der dominus negotii seinen Anspruch gegen ihn nach Maßgabe der Solvenz der andern Gestoren

18) Ribbentrop, S. 62 ff.

19) l. 26. D. de negot. gest. 3, 5. vgl. l. 6. §. 12. eod.

theile und ihm eventuell wenigstens seine Klagen gegen diese cedire. — Hat endlich einer der ganzen Geschäftsführung ungetheilt sich unterzogen, dabei aber die Besorgung sei es einzelner Geschäfte, sei es gewisser Geschäftszweige, sei es endlich der gesammten Verwaltung seinerseits einem Dritten aufgetragen: so haftet er zunächst dem dominus negotiorum als gestor und hat diesem, neben der erforderlichen diligentia in eligendo, für die Prästation seiner eignen actio mandati directa gegen jenen Dritten aufzukommen [20]).

Außer diesen Verhältnissen gemeinsamer Geschäftsführung wollen wir schließlich das Verhältniß erwähnen, kraft dessen mehrere zu der Beaufsichtigung eines Dritten verpflichtet sind. Insbesondere gehört hierher das Verhältniß mehrerer tutores honorarii, dem in dieser Beziehung vergleichbar ist das Verhältniß mehrerer tutores gerentes bei rechtmäßig getheilter Verwaltung rücksichtlich derjenigen Geschäftskreise, welche der Verwaltung eines Mitvormundes überwiesen worden sind [21]). Sofern solche Vormünder überhaupt haften [22]), wird man auch für sie unter einander das beneficium divisionis und cedendarum actionum zuzulassen haben. —

Wo an die Stelle des ursprünglich Obligirten dessen Erben treten, da geht seine Verpflichtung zur Leistung des Interesse, also eine durchaus theilbare Verpflichtung, von vornherein auf die Erben über. Ein jeder Erbe haftet daher überhaupt nur zu seinem Erbtheile für die Leistung des Interesse, welche dem Erblasser obgelegen, — wobei sich von selbst versteht, daß der eigne Dolus des Erben in Beziehung auf den weitern Inhalt der vererbten Obligation ihn zu vollem Schadensersatze verpflichtet [23]). — Die eigenthümlichen Modificationen, welche die obligatio tutelae beim Uebergange auf die Erben des Tutors erleidet, gehen uns hier nicht an [24]).

---

20) l. 28. D. h. t. 3, 5.

21) Rudorff, Vormundsch. Bd. 3. §. 161. sub II. D. S. 26. — S. oben Note 4.

22) was bekanntlich die Insolvenz des gerens voraussetzt — l. 3. §. 2. D. de adm. tut. 26, 7.

23) l. 7. §. 1. l. 9. D. dep. 16, 3.

24) Vgl. darüber Rudorff, a. a. O. §. 165. S. 38 ff.

§. 29. C. Obligationen, aus denen geklagt werden kann, wenn die Naturalleistung noch möglich ist.

1. Auf die Uebertragung der naturalis possessio.

Unter denjenigen obligationes bonae fidei auf eine untheilbare Leistung, aus denen geklagt werden kann, wenn die ursprünglich geleistete Leistung selbst noch möglich ist, sind es nur die Obligationen auf die Uebertragung des natürlichen Besitzes, von denen die Quellen gerade in Beziehung auf die Untheilbarkeit Nachricht geben. Wir stellen sie daher voran.

Die Verpflichtung zur Uebertragung oder zur Rückübertragung der naturalis possessio kömmt namentlich vor als Inhalt der Obligationen des Vermiethers, des Miethers, des Commodatars, des Depositars und in verwandten Innominatcontracten [1]).

Betrachten wir zunächst den Fall, da in einer solchen Obligation mehrere Gläubiger stehen.

Sofern es sich in der That noch um die Naturalrestitution handelt, kann der einzelne von mehreren Deponenten, Commodanten u. s. w. derselben Sache gar nicht anders als in solidum klagen [2]). Der Beklagte aber, der sich durch die Naturalrestitution gegenüber diesem Kläger liberiren will, kann verlangen, damit auch gegenüber den Ansprüchen der übrigen, bei dem concreten Geschäfte etwa betheiligten, Personen gedeckt zu sein. Sehr einfach giebt sich diese Deckung dann, wenn die Deposition oder ein verwandtes Geschäft zum Zwecke der Sequestration vorgenommen war: denn in diesem Falle ist nur derjenige zur Rückforderung der deponirten u. s. w. Sache legitimirt, in dessen Person die Bedingung der Rückgabe eingetreten ist; die Mitdeponenten haben eben gar kein Rückforderungsrecht. Es bedarf also keiner weitern Sicherstellung des Sequesters gegen ihre Ansprüche, als des Nachweises, daß für den die Restitution Fordernden wirklich jene Voraussetzung eingetreten sei [3]). — In andern Fällen aber ist der Schuldner durch die Restitution an einen von mehreren Berechtigten nur dann vollständig gegen die Ansprüche der übrigen Interessenten geschützt, wenn verabredet worden ist, daß dieselbe mit Wirkung

---

1) l. 1. §§. 9. 10. D. depositi. 16, 3. l. 1. §. 2. D. de praescript. verb. 19, 5. — S. Ribbentrop, S. 229 unten f. Auch das Mandat wird hier erwähnt. l. 1. cit. §§. 11. 12. 13. vgl. §. 14. D. dep. 16, 3.

2) l. 1. §. 36. i. f. l. 14. pr. D. dep. 16, 3. l. 81. §. 1. D. de solutt. 46, 3.

3) l. 17. pr. vgl. l. 6. D. dep. 16, 3.

für diese übrigen solle geschehen können [4]). Sonst muß derjenige, welcher die Restitution begehrt, dem Schuldner Realsicherheit dahin leisten, daß er ihn gegen die Ansprüche der übrigen Interessenten vertreten oder schadlos halten wolle [5]). — Durch die Naturalerfüllung nämlich an den einen, werden die andern Gläubiger keineswegs an sich selbst befriedigt. Gerade hierin liegt ein wesentlicher Unterschied dieser Obligationen von den Obligationen auf Bestellung einer Prädialservitut oder auf Vornahme oder Wegräumung eines opus und dergleichen. Denn in den letztern Fällen werden in der Befriedigung des einen zugleich sämmtliche übrigen Forderungsberechtigten klaglos gestellt [5a]). — Eine solche Caution ist selbst dann erforderlich, wenn die Restitution infolge gerichtlichen Urtheils geschieht. Denn einen casuellen Verlust des Besitzes involvirt die Herausgabe einer Sache auch infolge gerichtlichen Urtheils nur dann, wenn dieses Urtheil nach sorgfältigster Vertheidigung gefällt ist. Es würde aber immerhin Aufgabe des Schuldners sein, gegenüber dem wiederholten Anspruche eines andern Interessenten nachzuweisen, daß dem wirklich so sei. Und wo dieser Nachweis nur einigermaßen schwierig erscheint, dürfte daher das Verlangen nach der erwähnten Caution nicht zu versäumen sein. Wo jedoch die Legimation des einzelnen, die Anforderung erhebenden, Gläubigers so zweifellos vorliegt, daß es offenbare Chicane sein würde, sie zu bestreiten: da wird der Schuldner auch ohne jene Caution leisten müssen, indem er alsdann alle weitern Ansprüche an den befriedigten Gläubiger verweiset, von dem sie nöthigenfalls mit einer actio pro socio, einer vindicatio partis, einer actio communi dividundo, — oder aber mit dem arbitrium familiae erciscundae oder mit Klagen aus Cautionen ausgeklagt werden können, welche bei Gelegenheit der Auseinandersetzung eingegangen sind. Doch empfiehlt es sich auch in solchem klaren Falle, der Sicherheit des Beweises halber, nur zu gerichtlichem Protocoll die Restitution vorzunehmen [6]). — Ist die Mehrheit von Gläubigern durch Erbgang herbeigeführt, so sollte nach der Meinung des Gajus in l. 14. pr. D. cit. 16, 3. nur der, nach den Erbquoten berechnete, größere Theil der Erben überhaupt zur Rückforderung berechtigt sein; — doch ist diese positive Beschränkung, für welche jedenfalls ein innerer

---

[4]) l. 1. §. 44. D. eod.

[5]) l. 1. §. 36. vgl. §. 37. l. 14. pr. D. eod. 16, 3.

[5a]) S. Ribbentrop, S. 240 f.

[6]) l. 81. §. 1. D. de solutt. 46, 3.

Grund nicht spricht, weder von Pomponius in l. 81. §. 1. D. de solutt. 46, 3., noch von Ulpian in l. 1. §. 36. D. dep. 16, 3. aufgenommen. Das Stillschweigen der letzten Stelle aber ist wohl um so entscheidender, je gewisser es ist, daß gerade sie ex professo unsre Frage erörtern will. Erwähnt werde hier auch, daß, wenn der die Restitution begehrende einzelne Gläubiger die erforderliche Caution dem Schuldner nicht leistet, dieser sich durch gerichtliche Deposition der Sache zu liberiren vermag [7]). — Ein eigenthümlicher Ausweg endlich bietet sich in dem Falle, da eine Quantität fungibiler Sachen den Gegenstand des Geschäftes bildet. Zwar kommen diese Sachen, sofern es sich nur um die Uebertragung der Detention an ihnen handelt, zunächst gar nicht in ihrer Eigenschaft als vertretbare Sachen in Frage: sie sind vielmehr in specie zurückzustellen. Es wird aber jene Eigenschaft doch auch in diesem Verhältnisse da wirksam, wo die Theilung des Eigenthumes oder des juristischen Besitzes an den einzelnen Stücken einer Summe von Fungibilien in Frage steht. Denn ein Theil des Eigenthumes an allen einzelnen Stücken dieser Summe findet sein genaues Werthäquivalent in dem vollen Eigenthume an einem gleichen Theile der Summe von einzelnen Stücken. Und so kann daher namentlich der einzelne von mehreren Erben dessen, der eine Summe von Fungibilien, an denen ihm Eigenthum oder juristischer Besitz zusteht, deponirt oder commodirt hat, sein Rückforderungsrecht in der Weise ausüben, daß er einen seinem Erbtheile entsprechenden Theil von jener Summe an ganzen Stücken sich restituiren läßt. Ist dazu das Eröffnen eines Beutels, Kastens, oder sonstigen Behälters nöthig, worin die Summe etwa hinterlegt war, so muß das vor Gericht oder wenigstens vor hinreichend sichernden Zeugen geschehen, damit der Vorwurf der Pflichtverletzung wegfalle, welche sonst in dieser Eröffnung liegen würde; auch ist der nichtrestituirte Rest der Summe vom Gerichte oder von den Zeugen wiederum zu versiegeln und entweder vom Depositar weiter aufzubewahren oder gerichtlich zu deponiren [8]).

Soviel von der Naturalrestitution im Falle mehrerer Gläubiger. Kömmt es zur Geldcondemnation, so kann jeder einzelne nur sein besonderes Interesse verlangen. Dieses Interesse wird regelmäßig nur einen Theil des Interesse ausmachen, welches sämmtliche Betheiligte an der ordnungsmäßigen Restitution haben. Nur wenn die Sache in

---

[7]) l. 1. §. 36 cit. vgl. §. 37. D. dep. 16, 3.

[8]) l. 1. §. 36. cit. D. dep. 16, 3.

Sequestration gegeben, oder der einzelne Gläubiger sonstwie zur Rückforderung im ganzen berechtigt ist, kann er das Interesse an der Restitution zu seinem gröstmöglichen Betrage überhaupt geltend machen [9]).

Wir gelangen jetzt zu dem Falle, da in einer Obligation auf Uebertragung oder Rückübertragung der naturalis possessio mehrere Schuldner stehen. Hier haben wir quellenmäßig eine ursprüngliche Mehrheit von Schuldnern zu trennen von einer solchen Mehrheit, die erst durch Erbgang eingetreten ist.

Zunächst betrachten wir also das Verhältniß mehrerer ursprünglicher Schuldner. Und zwar in Obligationen auf Rückübertragung der naturalis possessio. — Es ist hier jeder einzelne Depositar, Commodatar, Miether oder Pächter in solidum zur Restitution verpflichtet. Aber die thatsächliche Unmöglichkeit der Restitution überhaupt oder der ordnungsmäßigen Restitution liberirt ihn, wenn dieselbe eingetreten ist, obwohl er den im concreten Falle erforderlichen Grad von Sorgfalt zu ihrer Verhütung angewandt hat. Eine Condemnation tritt daher nur dann ein, wenn er entweder durch sein Verschulden die Möglichkeit zu restituiren verloren hat, oder aber nicht restituiren will. Eben deshalb aber muß er sich auch ohne Frage gefallen lassen, in solidum condemnirt zu werden [10]). Die Naturalrestitution sowie die Leistung des vollen Interesse vonseiten des einen Schuldners liberirt nothwendig auch die übrigen.

Der Fall dagegen, wenn mehrere Personen z. B. als Vermiether oder Verpächter sich verpflichtet haben, einem andern die naturalis possessio einer Sache zuerst zu verschaffen, steht dem Falle einer jeden andern obligatio b. f. zu einem untheilbaren facere völlig gleich.

Wenn die Mehrheit von Schuldnern durch Erbgang entstanden ist, so kömmt es darauf an, ob die Naturalerfüllung im Augenblicke der Erbantretung noch möglich ist oder nicht. Im erstern Falle haftet jeder einzelne Erbe für die Naturalerfüllung und ebenso für die von ihm selber verschuldete Unmöglichkeit derselben geradeso wie der Erblasser in solidum. War dagegen die Naturalerfüllung schon durch

---

[9]) l. 1. §. 31. §. 44. D. dep. 16, 3. l. 17. pr. eod. Nur in dieser Beziehung auf die Höhe der zuerwirkenden Geldcondemnation hat es Sinn, wenn Puchta, Pand. §. 233 zu Note l. sagt: „solidarische Obligationen sind — die Forderungen mehrerer Deponenten, wenn sie nicht als Miteigenthümer deponirt haben.“ Vgl. auch v. Vangerow, Lehrb. Bd. 3. §. 573. Anm. 2. S. 77 sub 4.

[10]) l. 5. §. 15. l. 7. D. commod. 13, 6. l. 1. §. 43. D. dep. 16, 3. — Ribbentrop, S. 129 ff.

Verschulden des Erblassers vereitelt, so ist von vornherein eine Obligation zur Leistung des Geldinteresse auf die Erben übergegangen, die sich ex bono et aequo nach Erbquoten unter sie theilt[11]).

Haftet nun danach an sich ein jeder der mehreren Schuldner für die Unmöglichkeit der Naturalrestitution, die er dolo oder culpa verschuldet hat, in solidum auf das Geldinteresse, so bleibt doch immerhin die Frage offen: ob und wie weit etwa der einzelne bei einer Gemeinsamkeit solcher Verschuldung das beneficium divisionis in Anspruch nehmen dürfe? Für den Fall einer ursprünglichen Mehrheit von Schuldnern wird hierüber in den Quellen nichts gesagt. Auch Ribbentrop läßt diese Frage unerörtert[12]). Wir sind der Ansicht, daß im allgemeinen die Analogie mehrerer Vormünder hier durchaus maßgebend sei. Ist also die Naturalerfüllung durch gemeinsame Verweigerung der Restitution oder durch dolos herbeigeführte Unmöglichkeit derselben vereitelt, so kann eine Theilung der Condemnation in das Interesse von dem einzelnen der ursprünglichen Schuldner ganz und gar nicht gefordert werden[13]). Dagegen ist das beneficium divisionis, unter den allgemeinen Voraussetzungen, statthaft, wenn infolge einer gemeinsamen Culpa der Schuldner die Restitution unmöglich geworden ist. Auch für die Geltendmachung dieser Rechtswohlthat bedarf es jedoch einer besonderen Fassung der formula nicht. Seine Berücksichtigung findet ex aequo et bono statt, und folglich ist der Richter zu ihr schon durch die gewöhnliche Klagformel instruirt.

Eine Besonderheit tritt für den Fall mehrerer Erben des Schuldners ein. Diese nämlich haben das beneficium divisionis auch dann, wenn sie aus eigenem gemeinsamem Dolus belangt werden. Der Grund dieser Verschiedenheit in der Behandlung mehrerer Erben und in derjenigen mehrerer ursprünglichen Schuldner liegt darin, daß die letztern durch ihren eigenen Contractswillen zur Restitution verpflichtet sind, jene nur dadurch, daß die zurestituirende Sache sich in der Erbschaft vorfindet. Jene begehen also zwar ein Delict, wenn sie sich an der Sache vergreifen, aber doch keinen Contractsbruch, wie diese, die sich eben darum ihrerseits gar nicht auf die bona fides des Con-

---

11) l. 7. §. 1. l. 9. l. 10. D. dep. 16, 3. l. 3. §. 3. l. 17. §. 2. D. commod. 13, 6. — l. 157. §. 2. D. de R. J. 50, 17. — Ribbentrop, S. 136 f. vgl. oben §. 12. zu Note 22. 23.

12) S. 148. vgl. S. 132.

13) l. 1. §. 14. D. de tut. act. 17, 3. vgl. l. 38. §. 2. D. de adm. tut. 26, 7.

tractes berufen dürfen, aus dem sie haften. — Die Ausdehnung des beneficium divisionis für den Fall eines gemeinsamen Dolus der Erben bestimmt sich regelmäßig nach ihren Erbtheilen. Wenn aber das Depositum, Commodatum u. s. w. in einer Mehrzahl, fungibeler oder nicht fungibeler, Sachen bestand, und die mehreren Erben des Schuldners hatten sich, mit gemeinsamem Unterschlagungs-Dolus, in die Sachen getheilt, so soll ein jeder, kraft des beneficium divisionis, für dasjenigen Interesse haften, welches der Gläubiger gerade bei der Restitution des ihm zugefallenen Antheils hat [14]).

Eventuell würde, an der Stelle des beneficium divisionis, jedenfalls das beneficium cedendarum actionum zu verhältnißmäßigem Regresse nicht zu versagen sein.

§. 30. 2. Auf die Bestellung oder Aufhebung einer untheilbaren Servitut.

Obligationes b. f. auf Bestellung einer untheilbaren Servitut können namentlich begründet werden durch Kauf [1]) und kaufähnlichen Innominatcontract. Ebenso die Verpflichtung zur Aufhebung einer untheilbaren Servitut; wie die letztere mit der Contractsklage auch dann gefordert werden kann, wenn eine Sache, die servitutfrei tradirt werden sollte, im Augenblicke der Tradition durch einen Vorbehalt mit einer Servitut belastet worden ist [2]).

Was die Verpflichtung zur Bestellung einer Servitut ex negotio b. f. anbetrifft, so ist hier eine wichtige Unterscheidung zu bemerken, welche bei obligationes strictae nach der strengen Natur derselben nicht zur Geltung gelangt, falls nicht etwa kraft ausdrücklicher Wortfassung der Stipulation oder des Legates hierin eine Ausnahme bewirkt werden sollte. Die obligatio stricta nämlich auf dari servitutem, oder auch auf efficere, oder fieri, ut servitus sit, — muß, sofern nicht wegen eines Mangels am Willen der Contrahenten das Zustandekommen einer wirksamen Obligation überhaupt ausgeschlossen blieb, meines Erachtens unter allen Umständen eine solidarische Verpflichtung

---

14) l. 22. D. dep. 16, 3. (s. oben §. 23. S. 205 f.) und dazu Ribbentrop, S. 144 ff. — Alfr. Brinkmann, a. a. O. S. 104. Note 2. hält dies nicht für die wahre Meinung des Marcellus in l. 22. cit.

1) l. 3. §. 2. l. 6. §§. 5. 6. D. de A. E. et V. 19, 1. l. 40. §. 1. l. 80. §. 1. D. de C. E. 18, 1. l. 10. D. de evict. 21, 2. s. auch l. 2. §. 19. D. de H. v. A. V. 18, 4. l. 12. D. de pign. 20, 1.

2) l. 8. §. 1. D. de A. E. et V. 19, 1. vgl. pr. ejusd. leg.

der mehreren Schuldner hervorgerufen haben, deren jeder eben selbständig zur Hervorbringung der Servitut verpflichtet erscheint.

Aehnlich ist es auch bei einer obligatio bonae fidei, kraft deren mehrere Personen sich verpflichten, einer dritten an einem Grundstücke oder einer anderen Sache, davon sie das Eigenthum nicht haben, eine untheilbare Servitut zu bestellen. Hier läst sich als die Willensmeinung der Parteien nicht wohl etwas Anderes annehmen, als daß nöthigenfalls ein jeder der mehreren Schuldner allein die Bestellung der versprochenen Servitut durchsetzen wolle. Denn die Concurrenz der übrigen ist hierzu weder an sich nothwendig, noch auch nach der Contractsabsicht des einzelnen Schuldners etwa um deswillen als wesentlich anzunehmen, weil neben ihm noch andere die gleiche Verpflichtung übernommen haben. Es läst sich vielmehr, trotz dieser Mehrheit von Schuldnern, über eine Concurrenz derselben zur Naturalerfüllung der gemeinsamen Verpflichtung im allgemeinen irgend eine bestimmte Vorstellung, die man als ihre muthmaßliche Absicht zu betrachten hätte, schlechterdings nicht gewinnen. Wie eben deshalb ein jeder einzelne Schuldner für sich allein die Naturalerfüllung zu vermitteln verpflichtet ist, so haftet er auch, falls dieselbe nicht zustandekömmt, für das Interesse daran in solidum.

Vom beneficium divisionis kann hier nur ausnahmsweise die Rede sein. Denn die nicht belangten Schuldner würden sich ja regelmäßig noch durch die Naturalerfüllung zu liberiren vermögen, weil es sehr selten der Fall sein wird, daß die Bestellung einer obligatorisch geschuldeten Servitut unmöglich wird [3]). Sollte dies inzwischen einmal so sein, und zwar ohne daß die Schuldner dadurch befreit worden wären, so würde man freilich auch hier, gemäß derselben aequitas, die wir bei der solidarischen Haftung der Vormünder kennen gelernt haben, dem verklagten Schuldner dieses beneficium nicht versagen dürfen rücksichtlich derjenigen Mitschuldner, denen gleichmäßig jene Unmöglichkeit zur Last fällt. Und das Gleiche muß vom beneficium cedendarum actionum gelten [4]).— Dieselben Grundsätze greifen auch Platz bei den b. f. obligationes auf Aufhebung einer fremden untheilbaren Personal- oder Prädialservitut.

Ganz anders liegt dagegen der gewiß gewöhnlichere Fall, in welchem sämmtliche Personen, die ein Grundstück oder eine andere

---

[3]) S. oben §. 12. Note 45.

[4]) S. oben §. 28. zu Note 6. 10. 11.

Sache als Eigenthümer besitzen, sich durch ein negotium b. f. verpflichtet haben, diesem Grundstücke oder dieser Mobilie eine untheilbare Servitut aufzulegen. Als der natürlichste Sinn dieses Geschäftes erscheint der, daß ein jeder Miteigenthümer neben den übrigen seine Mitwirkung zur Bestellung der Servitut gewähren solle, sodaß das Dasein der Servitut aus ihrer gemeinsamen, gleichzeitigen oder successiven, Bestellungsthätigkeit sich ergiebt, — wie denn ja auch jeder einzelne im Zweifel an dem Aequivalente für die Bestellung einen seinem Eigenthumsantheile an der res servitura entsprechenden Antheil bekömmt. Er liberirt sich, aber eben auch nur sich, naturaliter schon dadurch, daß er jene Mitwirkung zur Bestellung der Servitut vornimmt. — Und so, möchte man meinen, hafte er auch bei der condemnatio pecuniaria nur pro rata dominii. Allein dies würde irrig sein. Denn entweder verhindert er durch seine Weigerung der Naturalerfüllung die Entstehung der Servitut überhaupt: dann muß er ohne Frage in des Gläubigers volles Interesse verurtheilt werden. Oder aber die von ihm wirklich vorgenommene Naturalerfüllung würde doch wirkungslos sein, weil ein andrer Miteigenthümer die seinige definitiv verweigert hat: dann ist er völlig liberirt, weil der Gläubiger an seiner Naturalpräſtation kein Interesse mehr hat, er aber deswegen zu einer Geldleistung nicht angehalten werden kann.

Ebenso wird der einzelne von mehreren Servitutberechtigten, welche zur Aufhebung ihrer Servitut ex negotio b. f. verpflichtet sind, z. B. im Falle der l. 8. §. 1. D. de A. E. et V. 19, 1., gerade nur zu seiner Mitwirkung bei dieser Aufhebung verpflichtet sein[5]).

Für die Erben des Schuldners muß im ganzen dasselbe gelten, was für die ursprünglichen Schuldner gilt[6]), sofern nämlich den Erben selber noch die Naturalerfüllung möglich gewesen ist. Hätte aber schon der Erblasser die Unmöglichkeit der Naturalerfüllung verschuldet, so vererbt sich eine völlig theilbare Obligation auf das Interesse, aus welchem jeder Erbe, ohne Rücksicht auf die Solvenz seiner Miterben, nur zu seinem Erbtheile haftet.

Etwas Besonderes ist nur zu bemerken für den Fall, da jemand von mehreren Personen beerbt wird, der als Eigenthümer eines Grund-

---

5) Ueber die Obligationen auf Aufhebung einer eignen Servitut s. sonst oben §. 10. sub D. S. 65 f. S. 69 ff.

6) Abgesehen von der ohnehin unpraktischen Obligation auf Aufhebung einer eignen Personalservitut, welche sich überhaupt nicht vererbt.

stücks sich verpflichtet hat, demselben eine Servitut aufzulegen. Hier haftet jeder seiner Erben während ungetheilter Erbgemeinschaft auch nur für diejenige Mitwirkung zur Bestellung der Servitut, die ihm als Miteigenthümer des praedium serviturum obliegt. Sobald der einzelne Erbe aber dieses Miteigenthum veräußert, und das geschieht bei der Erbauseinandersetzung für einen mehrerer Erben stets: so haftet er unbedingt dafür weiter, daß auch der Erwerber seine Mitwirkung nicht versage. Sofern sich nun das ganze Eigenthum des praedium serviturum in Einer Hand vereinigt, alsdann aber die Bestellung der Servitut vonseiten des alleinigen Eigenthümers nur für das ganze Eigenthum möglich ist, haftet also der einzelne seinen Antheil veräußernde Erbe für die Bestellung der Servitut in solidum. Und das Gleiche gilt von demjenigen Miterben, dem etwa das ganze Eigenthum adjudicirt wird. Denn, indem er die ihm obliegende Mitwirkung für seinen Erbtheil jetzt nur als Bestellung für das ganze Eigenthum vornehmen kann, haftet er eben auch für diese.

§. 31. 3. Auf die Bestellung oder Aufhebung eines Pfandrechtes.

Obligationes b. f. von diesem Inhalte haben, nach unserer Einsicht, nichts Besonderes vor den obligationes strictae des gleichen Inhaltes. Wir verweisen deshalb zurück auf §. 9. und §. 10. unter D.

Was die einzelnen b. f. negotia anbetrifft, aus denen die Verpflichtung zur Bestellung eines Pfandrechtes entspringen kann, so ist zu unterscheiden, ob diese Verpflichtung eingegangen ist gegenüber dem Gläubiger, hinsichtlich einer eignen oder einer fremden Schuld, — oder aber gegenüber dem Schuldner, an dessen Gläubiger das Pfandrecht bestellt werden soll.

Fälle der ersteren Art werden in den Quellen namentlich erwähnt als s. g. repignerationes, d. h. als Obligationen auf Sicherstellung durch Pfand für ein Pfand, welches der Berechtigte einem Gläubiger des Verpflichteten für diesen gegeben hat. Sie werden geltend gemacht mit den Klagen aus denjenigen Contracten, vermöge deren jene principale Pfandgebung stattgefunden hat, also z. B. mit der actio mandati contraria, commodati contraria, locati, praescriptis verbis [1]). Sofern es sich dabei jedoch nur um eine genügende Sicherstellung durch Pfänder überhaupt handelt, nicht um die Verpfändung bestimmter

---

1) l. 5. §. 12. D. commod. 13, 6.

Sachen, geht uns dies Verhältniß nicht an. Denn jeder von mehreren Verpflichteten erscheint hier selbständig verpflichtet, für die auf ihn fallende Quote der Schuld genügende Sicherheit durch irgend welche Pfänder zu leisten. Von einer Concurrenz mehrerer Verpflichteten kann nur dann die Rede sein, wenn dieselben verpflichtet sind, an Quoten bestimmter Sachen ein Pfandrecht zu bestellen.

Fälle der zweiten Art können namentlich entspringen aus einem Mandate, einer conductio locatio, nämlich des Credites einer Sache, einem Innominatcontracte verwandten Inhalts [2]). —

Obligationes b. f. endlich auf Tilgung eines Pfandrechtes werden namentlich geltend zu machen sein mit der actio mandati contraria, negotiorum gestorum contraria, der actio locati, commodati contraria, praescriptis verbis, sofern nämlich derjenige, der aus einem contractlichen oder quasi-contractlichen Grunde seine Sache für eine fremde Schuld verpfändet hat, aus demselben Grunde berechtigt erscheint, die Lösung des Pfandrechtes von demjenigen zu begehren, für dessen Schuld das Pfandrecht bestellt ist.

§. 32. 4. Auf die Begründung, Aufhebung oder Cession einer untheilbaren Obligation.

Auch rücksichtlich der obligationes b. f. auf Begründung, Aufhebung oder Cession eines untheilbaren Forderungsrechtes wüßten wir im allgemeinen nichts Anderes zu sagen, als was wir im §. 10. unter A. B. C. von Obligationen solchen Inhaltes überhaupt gesagt haben.

Als besondre Entstehungsgründe einer obligatio b. f. von diesem Inhalte ließen sich etwa angeben:

1) auf Begründung einer Obligation

a) mit dem Gläubiger:

die obligatio empti venditi auf Abschluß der stipulatio duplae [1]); ein Innominatcontract als Vorvertrag [2]); —

b) mit einem Dritten:

ein Mandat, ein Innominatcontract von gleichem Inhalte; —

---

2) l. 5. §. 12. cit. D. 13, 6.

1) l. 2. l. 37. pr. §. 1. D. de evict. 21, 2. l. 31. §. 20. D. de aed. edicto. 21, 1.

2) S. oben §. 10. Note 3.

2) auf Aufhebung einer Obligation:
Stellvertretungsverhältnisse, also Mandat, Negotiorum Gestio, Tutela, Cura, vermöge deren der Vertreter berechtigt ist zu fordern, daß er von übernommenen Verbindlichkeiten liberirt werde;

das Mandat, wodurch jemand übernimmt, die Schulden eines andern zu tilgen; ein Innominatcontract von ähnlichem Inhalte; —

3) auf Cession einer Forderung:
Stellvertretungsverhältnisse, in denen der Vertreter eine Forderung erworben hat; — emptio venditio nominis; ein verwandter Innominatcontract; — außerdem die verschiedenartigsten obligatorischen Verträge und Quasicontracte, aus denen man zur Herausgabe irgend eines commodum verpflichtet werden kann, sofern dies commodum in einer Forderung besteht.

§. 33. 5. Auf ein untheilbares positives Thun.

Wenn mehrere Personen, sei es als ursprüngliche Schuldner, sei es infolge eines Erbganges, kraft einer obligatio stricta zu einem positiven untheilbaren Thun verpflichtet sind: so erscheint nach dem strengen Charakter der Obligation jeder einzelne dieser mehreren Schuldner stets nicht blos zur Naturalerfüllung, sondern auch zur Leistung des Interesse dem gemeinsamen Gläubiger in solidum verpflichtet, — geradeso wie wenn mehrere Personen aus einer obligatio stricta zur Bestellung einer untheilbaren Servitut verpflichtet sind. Unterschiede nach der muthmaßlichen Willensmeinung der Constituenten jener Verpflichtungen werden dort so wenig, als hier, beachtet.

Ganz anders verhält sich das bei obligationes b. f. desselben Inhaltes. Wir haben schon in §. 30. rücksichtlich solcher Obligationen auf Bestellung einer untheilbaren Servitut gesehen, wie manchmal auch hier ein jeder einzelne Schuldner in solidum für die wirkliche Bestellung der versprochenen Servitut und deshalb auch für die Litisästimation haftet; wie aber in andern Fällen der einzelne keineswegs unbedingt für das Zustandekommen der versprochenen Servitut, sondern nur dafür einsteht, daß er, soviel an ihm liegt, zu deren Entstehung mitwirke. So zerfallen nun auch die obligationes b. f. auf ein untheilbares Thun in zwei Classen, die erheblich von einander abweichen.

Es kann nämlich sein, daß mehrere Personen, welche eine derartige Leistung übernommen haben, neben einander in der Weise haften, daß eine jede einzelne für sich selbständig für jene Leistung aufzukommen hat. So ist es z. B. anerkanntermaßen, wenn mehrere Personen gleichzeitig ein Mandat desselben Inhalts übernehmen, welches von jedem einzelnen Mandatare sehr gut besorgt werden kann. „Es würden also eigentlich eben so viele verschiedene Mandatscontracte anzunehmen sein, als Mandatarien vorhanden sind" [1]). Demnach haftet auch jeder einzelne Schuldner an sich in solidum für das Interesse des Gläubigers; und die Gemeinsamkeit unter den Obligationen der einzelnen besteht im wesentlichen nur darin, daß die Befriedigung des Gläubigers vonseiten des einen auch die übrigen liberirt [1a]).

Eine Abweichung von der solidarischen Haftung des einzelnen Schuldners kann nur nach den Grundsätzen der Theilungseinrede eintreten, wie wir dieselbe für mehrere Vormünder kennen gelernt haben. Auch würde dem einzelnen, der die Litisästimation in solidum zahlen soll, das beneficium cedendarum actionum nach der nämlichen Analogie zu gewähren sein.

Nun giebt es aber eine große Anzahl von Fällen, in denen mehrere Personen gemeinsam die Verpflichtung zu einer untheilbaren Leistung in der Weise übernehmen, daß die eine durchaus auf eine bestimmte Mitwirkung der andern rechnet und in der That gar nicht zur alleinigen Erfüllung sich verpflichten will.

Diese Fälle sind zum Theil derart, daß der einzelne für sich allein die untheilbare Leistung überhaupt nicht zu gewähren vermag, — z. B. zwei Männer verpflichten sich, persönlich eine Last zu tragen, welche ein einziger Mensch zu tragen völlig außerstande ist; oder mehrere Musiker verpflichten sich, zusammen eine Symphonie zu spielen, oder ein Tänzer und eine Tänzerin einen pas de deux zu tanzen. Hier ist es völlig zweifellos, daß der einzelne gar nicht verpflichtet ist, den beabsichtigten Erfolg allein herzustellen. Er kann nur unter der Voraussetzung verpflichtet sein, daß er die erforderliche Mitwirkung findet.

Das Gleiche wird man übrigens auch dann anzunehmen haben, wenn das Resultat der von mehreren übernommenen Leistung an sich ebenso wohl von einem einzelnen Schuldner, als von einer Mehrheit herzustellen wäre, die einzelnen Verpflichteten aber die Verpflichtung

---

1) Ribbentrop, Correalobl. S. 231. (s. oben §. 29. zu Note 17.)
1a) Vgl. oben §. 29.

überhaupt nur in der bezeichneten Weise haben übernehmen wollen [2]). Ribbentrop giebt hierfür das Beispiel eines Frachtvertrages, der mit mehreren Fuhrleuten abgeschlossen ist. Ein anderes Beispiel ist dies. Mehrere, vielleicht sehr viele, Personen übernehmen gemeinschaftlich die Herstellung eines Baues, die Legung eines Telegraphen, und dergleichen Werke, zu denen ein einzelner gar nicht die erforderlichen Geldmittel inhänden haben würde. Nur wenn mehrere zu gemeinsamem Wirken zusammentreten, ist das Unternehmen für den einzelnen subjectiv möglich. Es ist hier indessen, meinen wir, doch noch ein Unterschied zu berücksichtigen, den Ribbentrop übersehen hat. Sofern auch dem Gläubiger gegenüber die Mitwirkung des einzelnen Schuldners in solchen Fällen als eine genau bestimmte erscheint, z. B. wenn der eine Fuhrmann den Wagen, der zweite ein Pferd, der dritte das andere Pferd, und der vierte das Geschirr zu der Ausführung des Transportes versprochen hat, — oder wenn jeder einzelne der mehreren Telegraphenunternehmer eine gewisse Strecke der Telegraphenleitung herstellen soll, während der Arbeitsgeber doch nicht diese einzelnen Strecken, sondern nur die ganze, vollendete Leitung zu approbiren verpflichtet ist —: sofern stehen diese Fälle rechtlich den vorhin erwähnten völlig gleich, in denen für den einzelnen eine objective Unmöglichkeit der Erfüllung vorhanden ist. Sofern es sich aber um ein Zusammenwirken handelt, bei welchem dem einzelnen gar keine bestimmte Aufgabe zugewiesen werden kann, die er naturaliter zu erfüllen hätte, z. B. sofern es sich handelt um die Leitung des gemeinschaftlich hergestellten Fuhrwerks vom Absendungsorte nach dem Ablieferungsorte, — die mehreren Verpflichteten aber gleichwohl die Naturalausführung dieser Handlung übernommen haben: sofern kann meines Erachtens gar nichts Anderes angenommen werden, als daß ein jeder der mehreren Verpflichteten in solidum haftet. Es läßt sich hier gar nicht angeben, in welcher Weise der einzelne auf die Naturalmitwirkung der übrigen gerechnet habe. Also kann er sich auch nicht darauf berufen, daß diese Mitwirkung nicht in der von ihm vorausgesetzten Weise, vielleicht gar nicht, erfolgt sei [2a]). — In dieser Beziehung gehören

---

2) S. Ribbentrop, S. 228 ff.

2a) Gar nicht hierher gehört der Fall, wenn die mehreren Schuldner überhaupt nicht die Naturalleistung als solche zum Gegenstande ihrer Obligation gemacht haben, sondern das Interesse an dieser Naturalleistung, oder eine, den gewillkürten Anschlag des Interesse enthaltende, Conventionalstrafe für den Fall versprochen haben, daß die Naturalleistung ausbleibt. Es ist alsdann diese

also die letzten Beispiele durchaus zu der erstangeführten Kategorie untheilbarer Verpflichtungen. — In andrer Beziehung kann dieselbe Obligation dagegen eine ganz bestimmte Mitwirkung andrer Schuldner zur unerläßlichen Voraussetzung haben. So ist z. B. jeder einzelne von jenen mehreren Fuhrleuten zum Transporte überhaupt nur verpflichtet, sofern die übrigen in der verabredeten Art mitwirken. Dagegen haftet er nicht blos für die richtige Ablieferung des ihnen anvertrauten Frachtgegenstandes [3]), sondern ebenso auch, die vertragsmäßige Herstellung des gemeinsamen Fuhrwerkes vorausgesetzt, für die wirkliche Ausführung des Transportes in solidum [4]).

Gegenwärtig interessirt uns lediglich diejenige Seite dieser Obligirung, kraft welcher der eine Schuldner nur verpflichtet ist unter Voraussetzung der Mitwirkung der übrigen. Man hat hier also so viel Obligationen ganz verschiedenen praktischen Inhaltes anzunehmen, als Verpflichtete vorhanden sind. Jeder einzelne von diesen hat sich zu einer bestimmten Mitwirkung für ein bestimmtes Resultat verpflichtet. Bleibt also die Mitwirkung der übrigen aus, ohne daß ihn deshalb der Vorwurf eines Verschuldens trifft, und ohne daß der Gläubiger eine ausreichende Mitwirkung an die Stelle der ausfallenden Mitwirkung der ursprünglich zu dieser Mitwirkung verpflichteten Personen setzt: so muß jener, seinerseits zur Erfüllung bereite, Schuldner als casu liberirt gelten. Denn den beabsichtigten Erfolg kann er oder braucht er wenigstens nicht herbeizuführen; was er allein vornehmen kann, ist entweder ohne Interesse für den Gläubiger oder liegt außerhalb der Verpflichtung des Schuldners; — offenbar ungerecht aber würde es sein, ihn, obwohl er seiner Verpflichtung naturaliter nachzukommen bereit ist, oder bereit gewesen ist, auch nur in einen Theil vom Interesse des Gläubigers am beabsichtigten, und nunmehr vereitelten, Erfolge zu verurtheilen [4a]). Wie weit dieser Schuldner obendrein vom Gläubiger den Ersatz des Interesse daran

Naturalleistung nur in solutione; in obligatione aber eine durchaus theilbare Geldzahlung. — Ein solcher Fall liegt auch dann vor, wenn der einzelne von mehreren Schuldnern für das Ausbleiben der Naturalleistung nur die Haftung bis zu einem gewissen Betrage übernimmt, mag dieser Betrag nun absolut, z. B. „höchstens auf so und so viel tausend Thaler“ —, mag er relativ bemessen sein, z. B. „höchstens auf den vierten Theil vom Interesse des Gläubigers an der Naturalleistung.“

3) Ribbentrop, S. 229 f.

4) Vgl. Ribbentrop, S. 230.

4a) S. Fr. Mommsen, die Unmöglichkeit der Leistung. §. 7. S. 58 f.

verlangen darf, daß er jene untheilbare Leistung nicht hat vornehmen können, wie weit er also namentlich den bedungenen Lohn oder das bedungene Honorar zu fordern berechtigt ist, — das richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen, deren Erörterung uns hier ferne liegt [5]). — Entzieht sich aber der einzelne Schuldner dolos oder culpos der Erfüllung seiner Mitwirkung: so wird er dem Gläubiger in dessen volles Interesse verurtheilt werden müssen. Dieses Interesse besteht mindestens in den Unkosten, welche die Substitution der Mitwirkung eines andern zu dem beabsichtigten Zwecke für den Gläubiger mit sich bringt; es kann jedoch auch, wenn durch die Pflichtwidrigkeit des einzelnen Schuldners das ganze Unternehmen nicht zur Ausführung gelangt, auf den Ersatz des Interesse gehen, welches der Gläubiger am Zustandekommen dieses Unternehmens selbst hat.

Soweit dürfte die Sache ohne Zweifel sein. — Und so wird sie stets liegen, sofern es sich um eine Mitwirkung handelt, zu der nichts als eigne persönliche Dienstleistungen der Schuldner erforderlich sind, mögen dies operae mercenariae oder operae liberales sein. Denn entweder will der zur Leistung fähige Schuldner nicht leisten: dann ist er stets in doloser Contumacia. Oder er ist dauernd oder vorübergehend außerstande zu leisten: und dann ist er, soweit seine Behinderung reicht, entweder überhaupt liberirt, weil jene persönliche Unmöglichkeit Casus für ihn ist; oder er ist trotzdem unbedingt verpflichtet, weil er jene Unmöglichkeit dolos oder culpos verschuldet hat [6]). Der nachfolgenden verschuldeten Unmöglichkeit der Naturalleistung steht aber auch der Fall gleich, da der Schuldner zu der übernommenen persönlichen Dienstleistung unfähig gewesen ist, weil ihm die dazu erforderlichen physischen, intellectuellen, technischen Kräfte und Fähigkeiten gebrechen, er aber den Gläubiger hierüber dolos oder culpos getäuscht hat [7]).

Weiter aber ist es auch denkbar, daß der einzelne Schuldner zu der von ihm übernommenen Mitwirkung nicht blos seiner persönlichen Thätigkeit, sondern auch andrer Mittel bedarf, z. B. gewisser Werkzeuge, der Hülfe von Zug- und Lastthieren, eines Materials zur Arbeit und sonstiger Sachen, deren Herbeischaffung und Erhaltung zum Zwecke der Leistung er übernommen hat; oder daß er, bei persön-

---

5) S. darüber Mommsen, a. a. O. S. 58 ff.

6) Mommsen, a. a. O. §. 8. S. 65 ff. vgl. S. 78 ff. S. 85 f. — §. 20. S. 228 ff.

7) Vgl. Mommsen, a. a. O. §. 8. S. 66 f. namentlich Note 2.

licher Behinderung, einen Stellvertreter zu stellen verpflichtet ist. Und in solchen Fällen ist es sehr wohl möglich, daß der Schuldner trotz aller Mühe seine Verpflichtung zu erfüllen nicht imstande ist. Daß er alsdann, soweit nicht eine rechtlich anerkannte, dauernde oder vorübergehende, Unmöglichkeit hierfür vorhanden ist [8]), nicht liberirt sei, steht außer Frage. Zweifelhaft aber könnte es scheinen, ob er auch hier möglicherweise für das Gesammtinteresse des Gläubigers am Zustandekommen des Unternehmens zu haften habe, oder aber nur pro rata dieses Interesse, also in dubio für einen Kopftheil desselben. Auf diesen Fall paßt die Bemerkung von Savignys, daß der Schuldner durch „eine tadelnswerthe Versäumniß, also eine entschiedene Rechtsverletzung" — seine Lage nicht verbessern dürfe, schlechterdings nicht [9]). Und diesen Fall meint man denn auch wohl vor allen, wenn man, von einem gewissen Billigkeitsgefühle ausgehend, behauptet, der Schuldner sei nach römischem Rechte nur in partem aestimationis condemnirt [10]). Allein, — wie dann weiter?! Sollen die übrigen Schuldner, welche sich durch Naturalerfüllung hätten liberiren können, wenn jener erste seinerseits naturaliter erfüllt hätte, neben demselben auch condemnirt werden, ein jeder pro parte, damit der Gläubiger, statt der Naturalleistung, deren ganze Aestimation erhalte? Oder sollen diese andern Schuldner, wie im Falle einer casuellen, dolosen oder culposen Nichtleistung jenes ersten Mitschuldners, als liberirt gelten, der Gläubiger aber für diesen Fall statt mit der Naturalleistung, mit einem Kopftheile von deren Aestimation sich begnügen müssen! Tertium autem non datur, — wenn man nicht den einzelnen Schuldner, an dessen Nichtleistung die Naturalerfüllung überhaupt scheitert, auf das volle Interesse des Gläubigers verurtheilen lassen will. Das ist auch durchaus im Einklange mit den ganz feststehenden Grundsätzen des römischen Obligationenrechtes. Nach diesen Grundsätzen muß der Schuldner stets und ständig, wenn er die übernommene Verpflichtung nicht erfüllt, dem Gläubiger das volle Interesse daran leisten, mag er die Nichterfüllung verschuldet haben oder nicht, sofern sie nur nicht in einer wahren casuellen Unmöglichkeit ihren Grund hat [11]).

---

8) Mommsen, a. a. O. §. 7. S. 62 f. §. 8. S. 65.

9) S. oben §. 12. S. 86.

10) Vgl. Ribbentrop, S. 230.

11) Mommsen, Interesse. §. 7. sub II. S. 65 f. und insbesondere §. 8. S. 71. §. 9. S. 75 ff.

Wir haben hiermit zugleich ein neues Argument gewonnen gegen die herrschende Auffassung der l. 72. pr. D. de V. O. 45, 1. [12]). Es würde geradezu allen bestehenden Rechtssätzen widersprechen, wenn die Verurtheilung auf das Interesse an einer untheilbaren Leistung auch nur im Falle einer unverschuldeten Nichterfüllung unter die mehreren Schuldner mit rechtlicher Nothwendigkeit getheilt werden müßte. — Dies gilt gleich für obligationes strictae wie für obligationes bonae fidei. — Man werfe rücksichtlich der letztern auch nicht etwa ein, daß die mehreren Schuldner vielleicht gerade deshalb nur unter der Mitverpflichtung andrer die Obligation übernommen hätten, weil das Unternehmen ihre eignen Kräfte allein weit überstiegen haben würde, z. B. die Legung eines Telegraphen u. s. w. Denn diese Willensmeinung hat ja in der That ihre vollständige Berücksichtigung darin erfahren, daß man von dem einzelnen Schuldner nur eine bestimmte Mitwirkung verlangt, zu der er sich allerdings verpflichtet hat. Für diese aber muß er unbedingt einstehen.

Die im Vorstehenden entwickelten Grundsätze über die Haftung des einzelnen von mehreren Schuldnern, welche gemeinsam eine bestimmte untheilbare Leistung in der Art übernommen haben, daß ein jeder eine bestimmte Mitwirkung gewährt, kommen übrigens gleichmäßig zur Anwendung sowohl in den Fällen, in denen geklagt werden kann, wenn die Naturalleistung noch möglich ist, als auch in den Fällen, in denen die Klage erst dann stattfindet, wenn naturaliter nicht mehr erfüllt werden kann. Denn auch in Fällen der letztern Art ist, wie wir gesehen haben, ein jeder von mehreren ursprünglichen Schuldnern stets und nothwendig für das in solutione befindliche untheilbare factum auch auf das Interesse solidarisch verhaftet [13]).

Uebrigens kann es gewiß einem gegründeten Zweifel nicht unterliegen, daß auch vermöge der ausdrücklichen Fassung einer Stipulation die Haftung des einzelnen Promissor auf eine bestimmte Mitwirkung zu einem bestimmten gemeinsamen Zwecke habe beschränkt werden können. Weshalb hätte z. B. nicht recht wohl einer von zwei Mimen, die zusammen einen pas de deux aufführen sollten, durch die Stipulation:

> Spondesne, te, si Thymele tecum saltatura erit, illos vel illos gradus saltaturum esse? —

---

12) S. oben §. 12. S. 87 ff.

13) S. oben §. 11. a. E.

eben nur für seine, nicht aber für die Mitwirkung der Thymele verpflichtet werden können? In diesem Falle aber würde, auch äußerlich betrachtet, für jeden Promissar eine ganz andere Stipulation vorliegen. — Allein, wenn beide Mimen gleichzeitig promittirt hätten:

Spondetisne, illos vel illos gradus saltari?

da wäre ebenso zweifellos ein jeder von ihnen verpflichtet gewesen, für die Mitwirkung des andern einzustehen, wie für seine eigne, — es sei denn, daß man, wegen Mangels am Willen zu dieser Verpflichtung, die ganze Stipulation hätte für wirkungslos halten müssen. —

Schließlich kommen wir noch auf die Frage nach der Haftung mehrerer Erben desjenigen, welcher ein untheilbares facere mittels einer obligatio b. f. übernommen hat. Sehr einfach ist der Fall, wenn schon vor dem Erbantritte die Naturalleistung unmöglich geworden ist, ohne daß die Erben darum liberirt erscheinen. Dann vererbt sich in der That eine Obligation auf das Interesse, welche durchaus theilbar ist [13a]). Wie aber, wenn jeder der Erben als solcher noch die Verpflichtung naturaliter zu erfüllen vermag? Eine Unterscheidung der einzelnen Verpflichtungen nach den beiden Classen, welche wir für eine ursprüngliche Mehrheit von Schuldnern aufgestellt haben, kann bei den Erben nicht statthaben. Denn selbst wenn sich die geschuldete Leistung in eine Reihe einzelner Handlungen zerlegen ließe, deren jede sehr wohl von einer andern Person vorgenommen werden könnte, so giebt doch die Beerbung durch mehrere Personen durchaus keinen rechtlichen Grund zu einer solchen ungleichartigen Theilung, und noch weniger eine Vorschrift über deren Art und Weise. Soviel ist also klar, daß, dafern nur die naturale Leistungspflicht sich überhaupt vererbt, dieselbe jeden einzelnen Erben in solidum trifft. Kann hier nun ex fide bona jeder einzelne Erbe gegenüber der Klage auf Erfüllung, welche der Gläubiger gegen ihn allein anstellt, sich auf die concurrirende Verpflichtung seiner Miterben in irgend einer Weise berufen?

Daß nach älterm römischem Rechte keine exceptio plurium litis consortium stattfand, wodurch der Gläubiger gezwungen wäre, die Mitschuldner einer untheilbaren Verpflichtung zu deren Naturalerfüllung herbeizuziehen, wird ziemlich allgemein eingeräumt [14]). Und in der That ist eine solche Einrede, meines Erachtens, schlechthin undenkbar, auch im

---

[13a]) S. oben §. 12. zu Note 45.

[14]) S. Planck, die Mehrheit. S. 120. zu Note 18. Wetzell, Syst. S. 675 zu Note 42.

heutigen Rechte. Denn eben die Untheilbarkeit und Ungetheiltheit der Verpflichtung macht jede bestimmte Vorstellung über die Art und Weise unmöglich, in welcher die mehreren Schuldner an der Naturalerfüllung concurriren müsten. Wenn sie sich einigen, ist das natürlich anders. Aber diese Einigung zu veranlassen und zu bewirken, kann durchaus nicht Sache des Gläubigers sein. Auch nicht Sache des Gerichts, vor dem er seine Forderung einklagt. Ja, sie ist überhaupt nicht zu erzwingen, auch nicht bei der gerichtlichen Auseinandersetzung der Mitschuldner mittels des arbitrium familiae erciscundae oder der actio pro socio. Das Einzige, was mittels dieser Verfahrungsarten zu erreichen ist, sind gegenseitige Sicherheitsleistungen der Mitschuldner für die Entschädigung, welche sie demnächst einander in baarem Gelde zu gewähren haben.

Meist nimmt man nun an, daß im classischen römischen Rechte der einzelne Schuldner aus einer untheilbaren Verflichtung überhaupt nur pro parte habe condemnirt werden dürfen [15]).

Es versteht sich indessen wohl von selbst, daß unter allen Umständen Eine Ausnahme von dieser Haftung pro parte anerkannt werden muß. Nämlich für den Fall, da die Naturalerfüllung durch den Dolus oder die Culpa eines der mehreren Schuldner vereitelt wird [16]). Gleichwohl wird selbst diese Ausnahme meistens gar nicht einmal hervorgehoben [17]). Und es erscheint mithin die solidarische Haftung z. B. mehrerer ex deposito oder ex commodato Verpflichteten, die man freilich nach den Quellen nicht wegleugnen kann, in der That als etwas ganz Exceptionelles. Denn, wenn in allen übrigen Fällen, abgesehen von der ebenso unerklärlichen Ausnahme der stipulatio servitutis, die Condemnation aus einer untheilbaren Verpflichtung sich unter die mehreren Schuldner auch dann theilen muß, wenn die Naturalerfüllung dolo oder culpa vereitelt ist: warum macht dann z. B. die Haftung mehrerer Erben des Depositars, der Strenge nach, eine Ausnahme hiervon? — Man wird fürwahr gezwungen, den echt juristischen Tact von Savignys zu bewundern, der gegenüber der herrschenden Ansicht gerade diesen Punct so nachdrücklich betont hat. Oder wäre die viel gepriesene Herrlichkeit der römischen Jurisprudenz auf diesem Ge-

15) S. Ribbentrop, S. 230. Planck, a. a. O. S. 120. Arndts, Pand. §. 216. Anm. med. Wetzell, a. a. O. zu Note 42. S. auch v. Vangerow, Lehrb. (6. Aufl.) Bd. 3. §. 567. Anm. 2. sub I. 2. S. 11.

16) S. oben §. 11. vor Note 6. §. 12. zu Note 32a. oben S. 74 und 86.

17) Ribbentrop hebt sie nachdrücklich heraus S. 229 unten f.

biete wirklich nur ein principloses Meinen und Setzen? das man nur mit einem ebenso principlosen Nachbeten zu verstehen vermöchte?[17a]).

Aber auch in den übrigen Beziehungen ist der Behauptung zu widersprechen, daß die Litisästimation sich unter die mehreren Schuldner theilen müsse.

Was eine ursprüngliche Mehrheit von Schuldnern anlangt, so verweisen wir nur zurück auf das, was wir oben im §. 11. und §. 12. hierüber gesagt haben. Man kann die Obligation eines jeden einzelnen Schuldners nur in der Weise für rechtlich statthaft erklären, daß ein jeder für die von ihm in solidum übernommene Naturalerfüllung auch rücksichtlich des Interesse an sich geradeso hafte, als sei er der einzige Schuldner, nur daß der Gläubiger lediglich auf einmalige Befriedigung Anspruch hat[18]). — Außerdem aber gilt für diesen Fall alles das, was wir über die Haftung mehrerer Erben des ursprünglichen Schuldners sagen werden.

Wie soll es mit nämlich denjenigen Miterben gehalten werden, welche einstweilen noch nicht verklagt sind? Ist ihnen, mit der Condemnation des ersten aus ihrer Mitte auf dessen Antheil der ganzen Litisästimation, die Möglichkeit geraubt, durch die Naturalerfüllung sich zu liberiren, wenn diese, abgesehen von jener Condemnation, ihnen noch möglich wäre? — auch dann, wenn ihnen diese Naturalerfüllung aus irgend einem Grunde angenehmer oder leichter sein sollte, als die Zahlung der baaren Litisästimation für ihren Antheil? — Das wäre doch eine gar seltsame Billigkeit! — Man wende nur ja nicht ein, es komme ja in dieser Beziehung ganz auf Eines hinaus, ob sie dem Gläubiger ihren Antheil an der Litisästimation zu zahlen hätten, oder ob sie demjenigen ihrer Mitschuldner, welcher dem Gläubiger schon die ganze Litisästimation geleistet habe, wie er das nach unsrer Ansicht müsse, hernach pro rata für diese Litisästimation regreßpflichtig wären. Denn es wird sich erst noch finden müssen, ob und wie weit sie hierzu wirklich verpflichtet sind[18a]). — Wenn aber die noch nicht belangten Miterben sich, trotz der theilweisen Leistung der Litisästimation vonseiten des einen aus ihrer Mitte, immer noch durch die Naturalleistung zu

---

17a) Man vgl. beispielsweise Sintenis, das practische gem. Civilrecht. Bd. 2. (Aufl. 2.) §. 89. zu 8 und 9. S. 137 f. und §. 84. Anm. 22. S. 45. — Solcher Behandlung gegenüber verdankt das röm. Recht seinen fortdauernden Ruf wirklich kaum noch einem andern Umstande, als einer magisch wirkenden Tradition.

18) S. §. 11. zu Note 5 f. §. 12. S. 79. und oben zu Note 1a.

18a) S. unten §. 36. zu Note 44 u. f. f.

befreien vermögen, so wird, falls sie dies zu thun vorziehen, jener erste gewiß zwar den von ihm gezahlten Theil der Litisästimation vom Gläubiger zurückfordern, den der Gläubiger nunmehr sine caussa hat [19]). Die aufgewandten Proceßkosten aber würde er doch auf keine Weise zurückerlangen können. Und da der Gläubiger, sofern die Naturalleistung nur überhaupt noch möglich ist, außergerichtlich sich nie mit der theilweisen Litisästimation braucht abfinden zu lassen, diese vielmehr lediglich infolge des gerichtlichen Verfahrens an die Stelle des eigentlichen Inhaltes der Obligation tritt: — so würde also jene vermeintliche Billigkeit wenigstens dahin führen, daß der einzelne Schuldner in diesem Falle, wenn er nicht die Naturalerfüllung gewähren will oder kann, immer Gefahr laufen müste, unnöthige Proceßkosten aufzuwenden, die vielleicht den Betrag der ganzen Litisästimation weit übersteigen. Wahrlich eine seltsame Billigkeit!

Indessen, meinen wir, wird das Gebiet, auf welchem jene vermeintliche Billigkeit überhaupt zur Anwendung gelangen könnte, ein außerordentlich beschränktes werden, wenn es anders richtig ist, daß der einzelne Schuldner bei doloser oder culposer Vereitelung der Naturalerfüllnng jedenfalls in solidum für das Interesse aufzukommen hat. Denn als eine dolose Vereitelung der Naturalerfüllung muß es doch auch wohl gelten, wenn der einzelne Schuldner, der dieselbe selber gewähren kann, sie verweigert. Von einer Culpa wenigstens aber würde man ihn nicht freisprechen dürfen, wenn er, vom Gläubiger auf die Naturalerfüllung belangt, die er selber zu gewähren nicht vermag, nicht sorgfältig kraft der ihm zugebote stehenden Mittel seine Mitschuldner zur Naturalerfüllung zu treiben versucht. Diese Mittel sind ihm in den Klagen gegeben, vermöge deren er, nach geschehener Befriedigung des gemeinsamen Gläubigers, seinen Regreß gegen die Mitschuldner nimmt [20]). Sie alle führen, selbst nach heutigem Rechte, nicht mit Sicherheit zum Ziele, da sie stets nur eine indirecte Nöthigung enthalten. Allein eine indirecte Nöthigung ist doch immerhin eine Nöthigung. Und derjenige, dem sie zur Verfügung steht, kann, bevor er sie angewandt, mit Wahrheit nicht sagen, er habe alles gethan, was vernünftigerweise von ihm begehrt werden könne, um das zu erreichen, worauf jene Nöthigung gerichtet ist.

---

[19]) arg. l. 2. D. de cond. sine c. 12, 7. vgl. l. 17. §. 5. D. commod. 13, 6. Er würde hierfür Caution fordern können. arg. l. 13. pr. D. eod.

[20]) Ueber die Wirkung der einzelnen Klagen s. unten §. 36. S. 270 ff.

Die in Rede stehende vermeintliche Billigkeit würde sich danach also auf diejenigen Fälle beschränken, in denen der belangte Schuldner sowohl selber unverschuldet außerstande ist, die Naturalleistung zu gewähren, als auch durch die ihm zugebote stehenden Zwangsmittel gegen seine Mitschuldner dieselbe nicht zu erwirken vermag, namentlich weil diese Mitschuldner entweder nicht zu betreffen oder selbst unvermögend sind, oder aber die Naturalleistung nicht gewähren wollen. Im letzten Falle ist nun offenbar jene Billigkeit am wenigsten bedeutsam: denn hier würde der die ganze Litisästimation zahlende Schuldner vollen Regreß auch für Schäden und Unkosten nehmen können. In den beiden andern Fällen dagegen liegt die Sache freilich so, daß entweder ihn oder den gemeinsamen Gläubiger die Einbuße treffen muß, welche die Abwesenheit oder die Insufficienz der Mitschuldner bewirkte. Dies sind auch in Wahrheit die casus critici.

Der gesammte Schwerpunct der Frage liegt also eigentlich in der Erwägung: ist es billiger, daß der Gläubiger in seinem guten Rechte verkürzt werde? oder daß der einzelne solvente Schuldner der Wirkung nach einmal über seinen regelrechten Antheil zahle; nur freilich niemals mehr, als wozu er der Strenge nach verpflichtet ist?

Ich muß gestehen, daß ich keinen Augenblick darüber zweifelhaft bin. — Man muß nur nicht alles, was einmal einem guten Manne unverschuldet schwer wird, darum schon für unbillig halten. — Und zudem, wie ist denn der einzelne in diese unbequeme Lage gekommen? Der ursprüngliche Schuldner, der vertragsmäßig eine untheilbare Leistung mit andern übernimmt, — ei, er hätte sich hübsch der ausreichenden Solvenz seiner Mitschuldner versichern mögen, wenn er bei ihnen seinen Regreß suchen will. Der Erbe, dem mit andern Erben ein untheilbares Vermächtniß auferlegt ist, findet regelmäßig die Sicherung gegen positiven Verlust im Rechte der quarta Falcidia, das er in solchem Falle durch eine doli exceptio entweder sogleich definitiv geltend macht, indem er den Legatar zu einem verhältnißmäßigen Baareinschusse veranlast[21]), oder das er sich mindestens durch die bekannte Caution sicherstellen läßt. Der letztere Weg wird meistens der gewiesenere sein, wenn es noch zweifelhaft ist, wie weit der Erbe, der das Legat naturaliter erfüllt, deswegen einen wirksamen Regreß gegen die mitbelasteten Miterben zu nehmen imstande ist. Hat aber der belastete Erbe das Recht der

---

21) l. 22. l. 80. §. 1. D. ad leg. Falcid. 35, 2.

Quart dadurch verloren, daß er kein ordnungsmäßiges Inventar aufgenommen[22]), oder weil er auf jenes Recht verzichtet hat[23]): tunc de se queri debet. Ist ihm endlich in wirksamer Weise das Recht der Quart ohne seine Schuld entzogen, z. B. durch letztwillige Verfügung des Erblassers, so braucht er doch unter allen Umständen nie über den Betrag der Erbschaft selbst an Legaten zu zahlen. Bevor er also das untheilbare Legat erfüllt, mag er die Solvenz der Erbschaft und seiner regreßpflichtigen Miterben gehörig prüfen, und sich danach durch baare Einzahlung oder Cautionsleistung vonseiten des Legatars decken. Und ebenso ist es, wenn Vermächtnißnehmer oder sonstige Honorirte ihrerseits mit einem untheilbaren Vermächtnisse belastet sind. Der einzelne Onerirte haftet niemals auf mehr, als auf den Werthbetrag des ihm Zugewandten; von einer Härte kann hier also schlechterdings nicht die Rede sein. — Handelt es sich um mehrere Erben des zu einer untheilbaren Leistung Verpflichteten, so ist auch hier nicht zu vergessen, daß jeder einzelne Erbe es völlig in der Hand hat, die ihm angetragene Erbschaft auszuschlagen, oder, sofern er suus oder necessarius heres ist, zu abstiniren, wenn er die Solvenz derselben für zweifelhaft hält. Im neuesten Rechte aber kann er sich auf das allerausreichendste durch das beneficium inventarii decken. Hat er nun leichtsinnig angetreten, ohne dieses beneficium zu benutzen, — wie will man da von einer Billigkeit reden, die er bei der Erfüllung untheilbarer Obligationen seines Erblassers verdiene?! Jura vigilantibus scripta! — Bedient er sich dagegen der Wohlthat des Inventars, so ist er jedenfalls gegen allen positiven Nachtheil gedeckt, auch wenn er zur solidarischen Leistung des Interesse einer untheilbaren Verpflichtung des Erblassers angehalten wird. Wollte man ihn aber stets mit seinem Erbtheile an der Litisästimation abkommen lassen, so würde er häufig aus der Erbschaft einen positiven Gewinn machen, während der Gläubiger, der sich keineswegs immer durch das beneficium separationis gegen das Insolventwerden der übrigen Erben decken kann, positiv verkürzt würde. — Und das kann ich nun und nimmer billig nennen!

Aber jetzt weise man auch eine einzige Quellenstelle auf, aus welcher sich nur mit dem leisesten Scheine diese Billigkeit einer nothwendigen Theilung der Litisästimation aus einer obligatio faciendi

---

22) l. 22. §. 14. i. f. Cod. de jure deliberandi. 6, 30. (Justinian.)

23) l. 46. l. 71. D. ad leg. Falcid. 35, 2. l. ult. Cod. eod. 6, 50. Nov. 1. cap. 3.

herleiten ließe! — L. 7. §. 1. l. 9. D. depositi. 16, 3. und l. 3. §. 3. D. commodati. 13, 3. behandeln, wie wir gesehen haben, den ganz besondern Fall, wenn sich die an sich schon theilbare Obligation zur Interesseleistung vererbt hat. L. 6. §. 1. und l. 11. §. 3. D. de a. e. a. pl. a. a. 39, 3. dagegen sprechen von einer Verpflichtung, welche von Anfang an auf den Ersatz des zukünftigen Schadens gerichtet, also theilbar ist, und nur das Besondere hat, daß der einzelne Schuldner durch eine untheilbare Handlung sich und seine Mitverpflichteten zu liberiren vermag. — Man erinnere sich vielmehr an die bekannte Wahrheit, daß auch eine vom Verpflichteten völlig unverschuldete Unthunlichkeit der Naturalerfüllung, welche ihn nicht liberirt, ihn zum vollen Ersatze des Interesse verpflichtet, welches der Gläubiger an der Naturalerfüllung hat.

Wenn wir also die Nothwendigkeit einer Theilung der Condemnation unter die mehreren zu einem untheilbaren facere Verpflichteten durchaus leugnen, so geben wir doch zu, daß die Billigkeit bei obligationes b. f. bisweilen des beneficium divisionis herbeiführt. Nämlich alsdann, wenn es feststeht, daß die Naturalerfüllung überhaupt nicht mehr geschehen kann. Die Voraussetzungen und die Wirkung dieses beneficium sind hier übrigens die gewöhnlichen. — Nicht minder würden wir ex aequo et bono dem einzelnen Schuldner das beneficium cedendarum actionum zusprechen. —

Es bleibt noch übrig, die wichtigsten obligationes b. f. namhaft zu machen, aus denen die Verpflichtung zu einem untheilbaren positiven Thun entspringen kann. Hierher gehören aber insbesondere das Mandat und die Societas, aus denen indessen bekanntermaßen diese Verpflichtung nicht vererbt; die locatio conductio operis und operarum und verwandte Innominatcontracte.

§. 34. 6. Auf ein untheilbares Unterlassen.

Obligationes b. f. auf ein untheilbares Unterlassen entstehen z. B. durch den Kaufcontract oder einen verwandten Innominatcontract, vermöge dessen man eine bestimmte Nutzung servitutischen Inhaltes an einer Sache des andern Contrahenten sich blos obligatorisch zusichern läßt, indem dieser sich verpflichtet, jene Nutzung nicht zu stören; ferner im umgekehrten Falle dadurch, daß man von einem Servitutberechtigten, ohne die Existenz der Sevitut selber zu berühren, die Nichtausübung der Servitut erkauft. Vor allem aber gehört hierher jeder Kaufcontract und analoge Innominatcontract und jeder Mieth- oder

Pachtvertrag, sofern in denselben die Verpflichtung zur Prästation des habere, uti, frui licere übernommen wird.

Etwas Besonderes haben indessen obligationes b. f. dieses Inhaltes nicht. Wir verweisen deshalb einfach auf §. 14.

§. 35. D. Obligationen, welche nach dem Willen der Constituenten ungetheilte Beziehungen zu einer Mehrheit von Obligationssubjecten bieten.

Ganz genau entsprechend den Fällen, in denen bei der actio redhibitoria ein übereinstimmendes Handeln der mehreren Redhibitionsberechtigten oder die ungetheilte Annahme des in caussa redhibitionis befindlichen Kaufobjectes für einen einzelnen von mehreren Verkäufern vorgeschrieben ist, kommen auch sonst bei Kaufgeschäften, und ebenso bei andern Geschäften ähnlichen Inhaltes, Verhältnisse vor, in denen eine an sich denkbare Verfügung über Quoten des Objectes gemäß dem Willen der Parteien ausgeschlossen ist, welcher auf ein einheitliches Geschäft gerichtet erscheint.

Hierhin gehören namentlich folgende Fälle:

I. Die verkaufende Seite ist gebunden:

a) bei der in diem addictio wird der frühere Handel, der über ein ungetheiltes Object [uno pretio] abgeschlossen war, nur dann rückgängig, wenn das bessere Gebot rücksichtlich dieses ganzen Objectes erfolgt und angenommen ist [1]).

b) Das Gleiche muß gelten, wenn kraft einer lex commissoria der Handel aufgerufen werden soll. Zahlt jedoch der Käufer freiwillig einem der mehreren Verkäufer den auf diesen fallenden Theil des Kaufpreises aus, so liegt darin ein Verzicht auf die ungetheilte Ausübung der lex commissoria für den Antheil dieses Verkäufers. Zahlt der Käufer dagegen einen Theil des Kaufpreises auf Verlangen, vielleicht auf Klage des einen der mehreren Verkäufer, so ist dann, gegen den Willen des Käufers, von den übrigen Verkäufern die lex commissoria überhaupt nicht mehr auszuüben [2]).

c) Wenn einer von mehreren Verkäufern gegen seine Betheiligung am Handel, der als Ein Geschäft abgeschlossen worden, sich in integrum restituiren läßt, so kann der Käufer die Aufhebung des ganzen Handels verlangen [3]).

---

[1]) l. 11. §. 1. — l. 13. D. de in diem. add. 18, 2.

[2]) Vgl. oben §. 25. S. 216. alin. 2.

[3]) S. l. 47. §. 1. D. de minor. 4, 4.

II. Die käuferische Seite ist gebunden.

a) In ähnlicher Weise wird auch der Verkäufer verlangen können, daß das ganze, ungetheilt abgeschlossene, Geschäft rückgängig gemacht werde, wenn einer der mehreren Käufer sich dagegen in integrum restituiren läßt.

b) Und ebenso wird zu entscheiden sein rücksichtlich des pactum displicentiae, — vorausgesetzt immer, daß das Kaufgeschäft als ein einheitliches Ganzes abgeschlossen war. —

Was die Modalitäten anbetrifft, unter denen der eine von mehreren Interessenten, welche danach gemeinsam ihre Berechtigungen auf Aufhebung eines Geschäftes geltend machen können, sich der erforderlichen Mitwirkung seiner Mitinteressenten versichert, so verweisen wir auf die Untersuchungen, welche wir bei Gelegenheit der actio redhibitoria über diesen Punct angestellt haben[4]). —

Endlich bleibt noch darauf aufmerksam zu machen, daß in gewisser Weise eine ungetheilte Beziehung in ein Geschäft gebracht wird, wenn nach der Vertragsabrede die Leistung der einen Seite erst nach vollständiger Gegenleistung erfolgen soll. So z. B. wenn die Auslieferung der Waare abhängig gemacht ist von der Zahlung des gesammten Kaufpreises[5]). — Zahlt hier der eine von mehreren Erben des Käufers, oder der eine von mehreren ursprünglichen Käufern, um die Waare auch nur zu seinem Theile zu erlangen, den ganzen Kaufpreis, so findet zum Zwecke der Deckung im erstern Falle die actio familiae erciscundae, oder die Klage aus einer bei der Erbauseinandersetzung geleisteten Caution statt; — im andern Falle entweder die actio pro socio, oder wenn etwa eine Societät nicht vorliegen sollte, eine actio negotiorum gestorum[6]).

Dritte Unterabtheilung.

§. 36. Das gegenseitige Verhältniß mehrerer Personen, welche zu einer untheilbaren Leistung berechtigt oder verpflichtet sind.

Das Ergebniß unsrer bisherigen Untersuchungen über untheilbare Obligationen ist in der Kürze dieses.

---

4) S. oben §. 25 namentlich S. 216 ff.

5) S. z. B. l. 78. §. 2. D. de C. E. 18, 1. l. 13. §. 8. D. de A. E. et V. 19, 1. l. 31. §. 8. D. de aed. edict. 21. 1.

6) Alfr. Brinkmann, a. a. O. S. 144. namentlich zu Note 2.

Als wirklich und eigentlich untheilbar erscheinen überhaupt nur diejenigen Obligationen, deren in obligatione befindliche Naturalerfüllung quotenweis untheilbar ist.

Sofern in derartigen Obligationen nur Ein Schuldner und nur Ein Gläubiger vorhanden ist, scheint es nicht nöthig, dieselben einer fernern Betrachtung zu unterziehen. Wohl dagegen bleibt es uns noch übrig, das Verhältniß mehrerer Subjecte zu einander zu erörtern, welche auf der einen oder der andern Seite einer untheilbaren Obligation stehen.

Wir setzen hierbei durchaus den Fall voraus, daß durch die Naturalleistung vonseiten des einen der mehreren Schuldner sämmtliche übrige Schuldner liberirt werden; sowie daß umgekehrt durch die Naturalleistung an einen der mehreren Gläubiger der Schuldner das Maß seiner Verbindlichkeit überhaupt erfüllt habe.

Es bleibt deshalb von unsrer weitern Untersuchung ausgeschlossen die Obligation auf Cession einer untheilbaren Forderung, sofern in derselben mehrere Schuldner stehen: denn hier ist ein jeder Schuldner neben und nach dem andern zur Cession verpflichtet [1]). Ferner die Obligation mehrerer Schuldner zur Aufhebung des für eine theilbare Schuld bestellten Pfandrechtes: denn hier haftet, nach unsrer Ansicht, der einzelne nur für die Tilgung der Pfandschuld pro rata [2]). — Aehnlich haftet auch jeder von mehreren, die zur Verpfändung einer und derselben Sache für dieselbe Forderung verpflichtet sind, regelmäßig nur für die Verpfändung einer Quote des Gegenstandes [3]). Jeder von mehreren Gläubigern aber, denen für Theile derselben Schuld eine und dieselbe ganze Sache zu Pfand gegeben werden soll, kann neben und nach dem Mitgläubiger die Pfandbestellung verlangen [4]). — Ebenso kann in einer Obligation auf Hervorbringung einer untheilbaren Obligation für diese mehreren Gläubiger selbst ein jeder Forderungsberechtigte nach dem andern die Naturalerfüllung fordern [5]). Es kann deshalb auch dieser Fall hier nicht in Betracht kommen.

---

1) S. oben §. 10. sub C. — Aehnlich ist es mit der Obligation auf Aufhebung des eignen Usus. Das. sub D.

2) S. das. sub D.

3) S. oben §. 9. S. 58 f.

4) Das. S. 59.

5) S. §. 10. sub B. S. 64 f.

Demnach haben wir noch zu erörtern:

A. rücksichtlich einer Mehrheit von Subjecten auf der einen oder auf der andern Seite

1) die Obligationen auf Bestellung einer untheilbaren Servitut [6]);
2) die Obligationen auf Aufhebung einer untheilbaren Obligation [7]), einer untheilbaren Servitut [8]), eines Pfandrechtes für eine untheilbare Forderung, soweit diese letzte durch Tilgung der Pfandschuld geschieht [9]); —

und

3) die Obligationen auf Vornahme einer rein thatsächlichen Handlung [10]). — Hierzu gehören auch die Obligationen auf Uebertragung oder Rückübertragung des blos natürlichen Besitzes [11]).

B. rücksichtlich einer Mehrheit von Gläubigern

1) die Obligationen auf Cession einer untheilbaren Forderung [12]);

und

2) die Obligationen auf Aufhebung eines Pfandrechtes für eine theilbare Forderung, soweit dieselbe durch Tilgung der Pfandschuld geschieht [13]).

C. rücksichtlich einer Mehrheit von Schuldnern

die Obligationen auf Hervorbringung einer untheilbaren Obligation unter den gegenwärtigen Obligationssubjecten.

Sofern es in diesen Fällen zur Naturalerfüllung nicht kömmt, hat der einzelne von mehreren Gläubigern nur sein besonderes Interesse zu fordern; — der einzelne von mehreren Schuldnern dagegen, wie wir nachzuweisen versucht haben, an sich stets die volle Litis-

---

6) S. §. 8. §. 9. zu Note 1. §. 30.

7) S. §. 10. sub B. §. 32.

8) S. §. 10. sub D. §. 32. vgl. Note 1.

9) S. §. 10. sub D. §. 31.

Genau genommen gehört hierher auch die Obligation auf Hervorbringung einer untheilbaren Obligation unter andern, als den gegenwärtigen, Obligationssubjecten. Inzwischen wird hier meist eine correale Obligirung der mehreren Schuldner beabsichtigt, und somit, weil jeder deshalb dem gegenwärtigen Gläubiger ganz unabhängig vom andern obligirt ist, dieses Verhältniß aus unsrer Betrachtung fallen, oder doch höchstens hinsichtlich einer Mehrheit gegenwärtiger Gläubiger hierher gehören. — S. oben §. 10. Note 4a.

10) §. 12. §. 33.

11) §. 7. §. 12. §. 29.

12) §. 10. sub C.

13) Das. sub D.

ästimation der Naturalerfüllung zu prästiren. Eine Ausnahme hiervon kann nur durch das beneficium divisionis bewirkt werden[14]).

Zwei Puncte sind es nun, die wir noch ins Auge zu fassen haben. Nämlich

1) die Frage: welchen Einfluß hat die Geltendmachung einer, in der angegebenen Weise, untheilbaren Obligation vonseiten eines mehrerer Gläubiger oder gegen einen mehrerer Schuldner auf das Dasein der Berechtigung und resp. der Verpflichtung der übrigen?

und

2) die Frage: auf welche Weise und unter welchen Voraussetzungen nimmt der einzelne Schuldner, der die ganze Verbindlichkeit erfüllt, seinen Regreß gegen die dadurch liberirten Mitschuldner[14a])?

Zu 1.

a) Fall mehrerer Gläubiger.

Wenn eine von mehreren zur Forderung einer untheilbaren Leistung berechtigten Personen statt mit der Naturalerfüllung mit der Litisästimation abgefunden wird: so versteht es sich gewiß von selbst, daß die übrigen Gläubiger wenigstens auf ihre Antheile an der Litisästimation noch müssen klagen können.

Allein es ist zweifelhaft, ob auch dann, wenn jener erste, für sich befriedigte, Gläubiger diese seine Befriedigung auf dem Wege gerichtlicher Klage gefunden oder wenigstens gesucht hatte, die Mitgläubiger in gewöhnlicher Weise und ohne weiteres ihrerseits die Klage noch haben anstellen können? M. a. W. ob nicht durch die Klage jenes ersten auch die Klagrechte der übrigen consumirt worden seien?

14) Vgl. übrigens auch §. 10. a. E. §. 12. a. E. §. 24. §. 26. über solche untheilbare Obligationen, welche auf grundloser Bereicherung der berechtigten Seite beruhen. Im Falle einer casuellen Unmöglichkeit der untheilbaren Leistung, welche hier schon in dem Ausbleiben einer nothwendigen Mitwirkung der Mitverpflichteten liegt, erlischt die untheilbare Obligation. Allein es tritt eine andere an ihre Stelle, nämlich die Obligation auf Herausgabe der grundlosen Bereicherung in baarem Gelde.

Gar nicht hierher gehört der Fall, da der Erblasser die Unmöglichkeit der untheilbaren Naturalerfüllung verschuldet hat. Denn hier ist auf die Erben eine völlig theilbare Verpflichtung zur Prästation des Interesse übergegangen. S. oben §. 12. zu Note 45. §. 29. zu Note 11.

14a) Ueber das umgekehrte Verhältniß, vermöge dessen die nicht klagenden Gläubiger ihr Genüge aus der Naturalerfüllung erlangen, s. oben §. 8. S. 56. §. 29. zu Note 5a. — Vgl. auch A. Brinkmann, a. a. O. S. 151 f. sub 5.

Ribbentrop[15]) nimmt dies kurzum an, meint jedoch ebenso entschieden, daß den übrigen auf irgend eine Weise, insbesondere also wohl durch restitutio in integrum, geholfen sein werde. von Savigny[16]) hält dies Verfahren dagegen für ungeeignet und meint, das Interesse der übrigen Gläubiger sei durch eine praescriptio pro actore gewahrt, welche der zuerst klagende seiner Klagformel hätte einrücken müssen. — Eine praktische Bedeutung hat also dieser Zweifel überhaupt nicht.

Höchst wichtig aber ist die Erwägung, welche sich dieser ersten eng anschliest: macht die Sentenz im Processe des ersten Gläubigers, soweit sie die Existenz des untheilbaren Forderungsrechtes betrifft, auch für und wider die übrigen Gläubiger formelle Wahrheit? — von Savigny behauptet dies ganz bestimmt. Und zwar beruft er sich dafür auf die Analogie der actio confessoria, welche einer von mehreren Miteigenthümern des angeblich herrschenden Grundstückes angestellt hat[17]).

Allein diese Analogie kann nicht maßgebend erscheinen. Denn, soweit es sich um servitutische und servitutähnliche Rechte und Lasten eines Grundstückes handelt, vertritt der einzelne Eigenthümer gewissermaßen nur dies Grundstück, und die Sentenz wird nicht seiner Person, sondern dem Grundstück selbst gegeben[18]). Das Entgegengesetzte würde geradezu undenkbar sein, insofern es nämlich dann sich zu ereignen vermöchte, daß eine servitutische Berechtigung nomine praedii dem einen Miteigenthümer desselben zugesprochen, dem andern abgesprochen werden würde: was mit dem Wesen der Prädialservituten im Widerspruche steht. — Dieser Grund aber ist bei obligatorischen Klagen ganz und gar nicht vorhanden[18a]).

Ein andres Argument aus den Quellen für von Savignys Behauptung ist aber, soviel wir wissen, nicht vorhanden. — Man könnte sie also nur durch Raisonnement stützen. Ein solches würde

---

15) Correalobl. S. 240 f.

16) Obl.-R. Bd. 1. §. 35. S. 369 ff.

17) Das. S. 371. l. 4. §. 3. D. si serv. 8, 5. — Vgl. auch v. Savigny, Syst. Bd. 6. §. 301. S. 479 ff. sub D. — Ebenso Schirmer, Judicialstipp. S. 85. Alfr. Brinkmann, a. a. O. S. 141. Note 1, und von den ältern Schriftstellern z. B. Retes, l. c. p. 615. §. VI.

18) l. 31. §. 7. D. de neg. gest. 3, 5. vgl. auch oben §. 22. Note 15 und §. 19. Note 76.

18a) So auch Cujac. ad leg. 2. D. de V. O. 45, 1 zu §. 2. v. Ex his.] nach dem Vorgange von Bartolus.

aber mit Nothwendigkeit darauf hinauslaufen müssen, daß die Forderungsrechte der mehreren Gläubiger eadem res seien.

Hierfür scheint allerdings der Umstand zu sprechen, daß in sämmtlichen Klagformeln, mit denen die einzelnen Gläubiger klagen würden, entweder die intentio formulae an sich dasselbe ganze und ungetheilte, weil untheilbare, Object angiebt, auf welches die Forderungen alle gerichtet sind; oder aber die intentio durch ihre Beziehung zu der demonstratio, welche dieses Object bezeichnet: das Erstere namentlich bei den Klagen aus obligationes strictae auf civile Prädialservituten [19]), das Andre bei den übrigen Klagen auf untheilbare Leistungen.

Dennoch will uns diese Ansicht nicht wahrscheinlich werden [20]). Der Einfluß, welchen der einzelne von mehreren Gläubigern damit auf die concurrirenden Ansprüche der übrigen ausüben würde, ist materiell zu bedeutend, als daß es glaublich wäre, die Römer hätten ihn aus einem rein formellen Grunde zugelassen [21a]). Ja, erwägt man weiter, daß am Ende der Anspruch eines jeden einzelnen Gläubigers auf dessen besondern Antheil an der Litisästimation hinausläuft: so dürfte die Identität dieses Anspruches mit den Ansprüchen der übrigen Gläubiger mindestens sehr zweifelhaft erscheinen.

Einen directen Quellenbeleg wider von Savignys Meinung wüßte ich freilich auch nicht beizubringen. — Man könnte versucht sein, einen solchen zu finden in l. 31. D. de jud. 5, 1. (Celsus lib. 27. Dig.)

> Si petitor plures heredes reliquerit, unusque eorum judicio egerit, non erit verum, totam rem, quae in priore judicio fuerit, deductam esse: nec enim quisquam alienam actionem in judicium invito coherede perducere potest.

Soviel ist wohl klar, daß Celsus seine Betrachtung gar nicht angestellt haben würde, wenn die von einem der mehreren Erben des Klägers reassumirte Klage sich in der Fassung ihrer intentio, abgesehen

---

19) Hierhin würde übrigens auch die Klage aus dem Constitutum einer untheilbaren Schuld gehören, sofern diese Klage eine prätorische actio in factum mit einer intentio facti ist.

20) Auch Bekker, process. Consumption, der S. 230. die untheilbaren Obligationen im Falle mehrerer Schuldner nach von Savignys Vorgange hierherstellt, schweigt von dem Falle mehrerer Gläubiger.

21 a) S. auch Ribbentrop, S. 241. „— [wir] werden — auch behaupten müssen, daß kein Einzelner den Ansprüchen der übrigen etwas vergeben könne."

vielleicht von der Abstellung auf den Namen des Erblassers, nicht von den Klagen der Erben überhaupt unterschieden hätte, also wenn sie bei einer intentio certa nur den Erbtheil des reassumirenden Erben angegeben hätte. Wir müssen demnach annehmen, daß in dem von Celsus gemeinten Falle der einzelne die Klage des Erblassers fortsetzende Erbe in der auf ihn transferirten formula eine intentio hat, welche den ganzen Inhalt der frühern intentio ergreift. Könnte dies nun keinen andern Grund haben, als den, daß der Inhalt jener intentio ein an sich untheilbarer sei: so würde damit von Savigny geradezu widerlegt sein. — Und für diese Prämisse scheint obendrein der Umstand zu zeugen, daß Celsus im 27. Buche seiner Digesten allerdings von untheilbaren Rechten, und zwar auch von untheilbaren Obligationen, gehandelt hat [21]. — Allein, es ist wenigstens sehr möglich, daß bei einer jeden translatio judicii die intentio der frühern Klage unverändert in die Formel der transferirten Klage aufgenommen wurde [22]: und alsdann beweist unsre Stelle direct jedenfalls hier nichts.

Immerhin aber enthält die l. 31. cit. ein sehr schlagendes allgemeines Argument wider die Behauptung, daß die volle Identität der intentio für zwei Klagen stets eadem res mache. Und damit dürfte denn auch der in jener Behauptung liegende Scheingrund für die Ansicht von Savignys beseitigt sein.

Der Einwand gegen diese unsere Ansicht, den man etwa daraus herleiten könnte, daß nach ihr der Schuldner vielmal hinter einander über dieselbe Verbindlichkeit könne processiren müssen, will nichts sagen. Derjenige, welcher mehreren Personen pro rata verpflichtet ist, z. B. mehreren Erben des Gläubigers einer theilbaren Forderung, ist genau in der gleichen Lage. Und hier hat niemand ein, fürwahr mehr als sentimentales, Bedauern mit ihm. — Und weshalb auch? Entweder ist er schuldig: dann mag er zahlen; — oder er ist nicht schuldig: dann muß er sich doch, wie jedermann, die gerichtliche Erhebung unbegründeter Ansprüche gefallen lassen und zufrieden sein, daß dieselben, unter Verurtheilung des Gegners in die Kosten, zurückgewiesen werden.

Eine Ausnahme ist indessen zu bemerken, kraft deren die Sentenz, welche einemder mehreren zu einer untheilbaren Leistung Berechtigten

---

21) S. l. 10. D. de evict. 21, 2. l. 11. D. de S. Pr. R. 8, 3. — Sonst sind noch l. 62. D. de evict. 21, 2. l. 12. D. de A. E. et V. 19, 1. und l. 71. D. de solutt. 46, 3. nach Hommels Palingenesie aus diesem Buche.

22) S. Keller, Litiscontest. S. 167 f. Note 3.

sein Recht abspricht, auch den Ansprüchen der Mitgläubiger das Dasein abschneidet. Es ist dies der Fall der obligatio: dari servitutem, aus der mehrere berechtigt sind. So gut wie nämlich diese Obligation erlischt, wenn einer der mehreren Gläubiger seinen Eigenthumsantheil am fundus dominaturus veräußert[23]): so gut muß sie auch erlöschen, wenn er sonstwie sein Forderungsrecht verliert, also z. B. auch durch abweisendes Urtheil[23a]). — Man sieht aber, daß diese, über den einzelnen Kläger sich hinaus erstreckende, Wirkung der res judicata nicht sowohl auf ihrer formellen, als auf ihrer materiellen Wirksamkeit beruhet. Es würde in diesem Falle den nicht klagenden Mitgläubigern daher wegen ihres Interesse am Ausgange des Processes die accessorische Intervention zu gestatten sein. Und da ohnehin die Wirksamkeit der Klage es erfordert, daß auch die nicht klagenden Gläubiger bereit dazu sind, sich die Servitut bestellen zu lassen[24]), sie also stets Veranlassung haben werden, von der Klage des einen aus ihrer Mitte zu hören und danach zu interveniren: so wird man dieser Ausnahme eben keine große praktische Bedeutung beizumessen haben. Zudem bezieht sie sich nur auf jene eine strenge Form der Obligation.

b. Fall mehrerer Schuldner.

Für den Fall mehrerer Schuldner würde die bisherige Ausführung gleichfalls ausreichen, wenn und soweit es richtig wäre, daß der einzelne von mehreren zu einer untheilbaren Leistung Verpflichteten nur auf einen verhältnißmäßigen Theil der Litisästimation condemnirt werden könnte. Denn so weit würde sich dieser Fall von dem Falle mehrerer Gläubiger principiell nicht unterscheiden.

Die herrschende Meinung nimmt dies gleichwohl für obligationes faciendi an[25]).

Anders dagegen ist es auch nach ihr bei den Obligationen auf dari servitutem, aus denen jeder einzelne von mehreren Schuldnern

---

23) S. oben §. 8. S. 52 ff.

23a) S. Ribbentrop, S. 240. zu Note 20.

24) S. oben §. 8. zu Note 15a.

25) S. oben §. 12. S. 76 ff.

Ganz consequent erklärt übrigens Ribbentrop S. 231. es wenigstens für denkbar, daß, wie im Falle mehrerer Gläubiger, die einmalige Klage die Obligationen auch der übrigen Interessenten in judicium deducire, dagegen dann aber restitutio in integrum oder replicatio ertheilt worden sei. Vgl. das. S. 240 f.

zweifellos für die Litisästimation in solidum haftet[26]). — Nach der Meinung von Savignys gilt das Gleiche von allen untheilbaren Obligationen. Und so behauptet von Savigny und seine Anhänger[27]) für den Fall einer Mehrheit von Schuldnern auf eine untheilbare Leistung ganz allgemein das, was die herrschende Meinung auf die Obligation: dari servitutem beschränkt.

Es wird hier nämlich eine passive Correalobligation angenommen. Die praktische Bedeutung dieser Auffassung würde, nach der gewöhnlichen Lehre von den Correalobligationen, in folgenden Puncten bestehen.

1) trat nach classischem Rechte Consumption aller Schuldverhältnisse ein, sobald eines klagbar gemacht war;

2) würde nach heutigem Rechte die einen Schuldner freisprechende Sentenz rücksichtlich aller formelle Wahrheit machen, soweit dieselbe das Dasein der Verpflichtung an sich betrifft[28]);

3) würde der einzelne Schuldner unbedingt auch für die Modificationen einzustehen haben, welche die Obligation durch Dolus oder Culpa eines der übrigen Schuldner erleidet[29]);

4) würden Tilgungsgründe der Obligation, welche, wie Acceptilation, Novation, befreiender Eid, die materielle Befriedigung des Gläubigers nicht voraussetzen, soweit dieselben überhaupt für alle correi wirken, auch hier von Bedeutung für alle Schuldner werden;

5) würde die Unterbrechung der Klagverjährung rücksichtlich des einen auch gegen die übrigen Schuldner wirken[30]).

Alles dies ist anders, wenn man eine einfach solidarische Haftung der mehreren Schuldner einer untheilbaren Leistung annimmt.

Womit wird nun erwiesen, daß wirklich ein Correalverhältniß anzunehmen sei?

Eigentlich mit gar nichts[31]). Der einzige Scheingrund für die Identität der Verpflichtungen könnte namentlich in dem Falle mehrerer Erben des ursprünglichen Schuldners aus der Vergleichung der Klag-

---

26) Vgl. Ribbentrop, S. 231 ff. S. 241.

27) S. oben §. 12. Note 34.

28) Ribbentrop, S. 261 f. 267 f. v. Savigny, Obl.-R. Bd. 1. S. 188 ff.

29) l. 18. D. de duob. reis. 45, 3. S. Ribbentrop, S. 28 ff. Samhaber, zur Lehre von der Correalobl. Erlangen 1861. S. 102 ff.

30) l. 5. Cod. de duob. reis. 8, 40. (Justinian.)

31) Man sehe nur z. B. v. Savigny, Obl.-R. Bd. 1. §. 34, S. 367 f.

formeln hergeleitet werden, mit denen gegen jenen selber und gegen jeden seiner Erben zu klagen wäre[32]). Allein, diese Identität der Klagformeln beweiset, wie wir vorhin gesehen haben, für die Identität der Obligationen selbst ganz und gar nichts.

Aus der innern Natur des Verhältnisses aber, auf die sich von Savigny zu berufen scheint[33]), dürfte sich die Correalität gewiß ebenso wenig ergeben, die ja von Savigny selber als etwas Exceptionelles hinstellt[34]).

Wir meinen, jene Ansicht sogar aus den Quellen widerlegen zu können. Man würde diesen Quellennachweis sicherlich nicht verkannt haben, wenn man nicht in seltsamem Irrthume, und mit noch seltsamerer Berufung auf Ribbentrop, die solidarische Haftung mehrerer Mandatare, Commodatare, Depositare, Miether aus einem gemeinsamen Delicte derselben hergeleitet hätte, während sie doch ganz allein aus der Untheilbarkeit der Leistung folgt, welche den Inhalt ihrer Verpflichtungen bildet. „Mehrere Mandatare, Depositare u. s. w. sind schon zu der ursprünglichen Leistung jeder solidarisch verpflichtet, und daraus ergibt sich dann erst folgeweise die solidarische Verpflichtung zum Schadenersatz, sofern sich jeder einer obligationswidrigen culpa schuldig macht. Wie könnte auch jemals für den, der nur pro parte verpflichtet ist, aus dieser obligatio, also mittels der actio mandati, depositi rc. eine Haftung in solidum entstehen![35])" — Und seit wann, fügen wir hinzu, seit wann begründet eine culpa in non faciendo, die doch lediglich in bestehenden Rechtsverhältnissen in Betracht kömmt, ein Delict?! — Daß nun in diesen Fällen ganz und gar keine Correalverhältnisse vorliegen, geht aber zunächst für den Fall mehrerer ursprünglich zu einer untheilbaren Leistung Verpflichteten zur Genüge hervor aus

l. 1. §. 43. D. depositi 16, 3. (Ulpian. lib. 30. ad edict.)

---

32) S. Bekker, Consumpt. S. 230, der übrigens selbst bemerkt, man wisse nicht, ob die Römer hier von correi, duo rei, gesprochen haben.

33) a. a. O. S. 368. Note q.

34) Das. §. 16. S. 138 f. §. 17. S. 144 f. — Vgl. auch l. 29. pr. D. de exc. rei jud. 44, 2., eine Stelle, aus der sich ergiebt, wie selbst das Urtheil, welches zugunsten eines fideicommissarisch Freigelassenen gegen den einen mehrerer Erben ergangen ist, den andern Erben an sich gar nicht bindet.

35) Fitting, die Natur der Correalobligationen. Erl. 1859. S. 231. Note 253. Ribbentrop, S. 61. S. 129 ff. S. 134 f. S. 148 f. S. 153. S. 230 f. — Puchta, Pand. §. 233. auch Samhaber, S. 153. Note 22. — Dagegen insbesondere Brinz, Krit. Bl. Hft. 4. Nro. VIII. S. 52 ff.

Si apud duos sit deposita res, adversus unumquemque eorum agi poterit. nec liberabitur alter, si cum altero agatur: non enim electione, sed solutione liberantur. Proinde si ambo dolo fecerunt, et alter, quod interest, praestiterit: alter non convenietur, exemplo duorum tutorum. Quod si alter vel nihil, vel minus facere possit, ad alium pervenietur. Idemque et si alter dolo non fecerit et idciro sit absolutus: nam ad alium pervenietur.

l. 5. §. 15. D. commodati. 13, 6. (Ulpian. lib. 28. ad edict.)

Si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul, Celsus filius scripsit lib. 6. Dig., quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur? — — sed esse verius, ait, et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere. Quare duo quodammodo rei habebuntur. et si alter conventus praestiterit, liberabit alterum etc. [36]).

Das Gleiche ergiebt sich auch für den Fall, da eine untheilbare Verpflichtung auf mehrere Erben des ursprünglichen Schuldners übergegangen ist aus l. 22. i. f. D. dep. 16, 3.[37]). Nach dieser Stelle soll der eine von zwei Erben des Depositars, welche mit gemeinsamem Dolus die bei ihrem Erblasser deponirte Sache unterschlagen haben, bei der Solvenz des andern aus der gegen ihn allein angestellten Klage nur pro rata condemnirt werden. Da dieser Ausgang nur infolge des beneficium divisionis herbeigeführt wird, so versteht es sich, daß die Klage den gesammten Schadensersatzanspruch umfaßt. Ebenso klar ist es aber auch, daß hier der Klaganspruch gegen den andern Erben auf den Rest fortdauern müsse. — Dies Resultat versteht sich übrigens gewiß ganz von selbst nach den Stellen, die von einer ursprünglichen Mehrheit von Schuldnern handeln. Der bloße Umstand, daß die Obligation eines jeden Erben mit der Obligation des Erblassers denselben Inhalt hat, kann an der Unabhängigkeit der Haftung eines jeden Erben von der Haftung seines Miterben nichts ändern.

---

[36]) S. auch l. 60. §. 2. D. mand. 17, 1. l. 15. D. de tut. act. 27, 3. vgl. auch l. 3. D. si mensor. 11, 6. — Endlich gehören hierher auch alle die Stellen, welche von der Haftung mehrerer Vormünder, Beamten u. s. w. für dieselbe Verwaltung handeln. S. oben §. 29. und Ribbentrop, §. 9. S. 44 ff. §. 10. S. 56 ff.

[37]) S. oben §. 23. S. 205 f.

Ist damit nun erwiesen, wie eine Mehrheit von Schuldnern aus gewissen untheilbaren Verpflichtungen nicht im Verhältnisse von correi steht, so dürfte derselbe Beweis auch für die übrigen untheilbaren Verpflichtungen seine Gültigkeit behaupten. Diese unterscheiden sich, soweit es uns angeht, specifisch in gar nichts von den erwähnten Verbindlichkeiten, insbesondere nicht von dem Mandate, das doch nicht blos Sorgsamkeit auf die Erhaltung einer bestimmten körperlichen Sache fordert, sondern anderweite positive Mühe und Anstrengung erheischen kann, gerade deshalb aber auch dann oft zur Condemnation führen muß, wenn von einer verschuldeten Nichterfüllung gar nicht die Rede ist, sondern nur von einer Nichterfüllung. Wenn ich zweien Baumeistern das Mandat ertheile, mir an einem bestimmten Platze ein Haus von gewisser Beschaffenheit auszuführen: so zweifelt niemand, daß diese beiden Baumeister nicht correi sind; — wenn ich aber den Bau denselben Leuten in Accord gebe, dann sollen sie auf einmal correi geworden sein?!

Eine ganz andere Betrachtung ist es, wie weit die einzelnen Gründe, vermöge deren die Obligation des einen von mehreren Schuldnern aufgehoben werden kann, und unter ihnen auch das absolvirende Urtheil, den Mitschuldnern zugute kommen.

Soviel ist ohne weiteres zu behaupten, daß nicht blos die Naturalerfüllung und die Zahlung der vollen Litisästimation vonseiten des einen alle übrigen Schuldner liberirt, sondern ebenso gut eine jede materielle Befriedigung des Gläubigers, z. B. durch Compensation, datio in solutum, Novation, soweit die letzte jenen Erfolg hat.

Die Wirkung der andern Befreiungsgründe, welche zunächst nur einen Schuldner treffen, für die Mitschuldner bestimmt sich lediglich nach dem Regreßrechte, das diesen etwa gegen jenen zusteht [38]). Sofern von vornherein ein Rechtsverhältniß, wie eine societas oder ein Miterbrecht, unter den mehreren Schuldnern besteht, worin der Regreßanspruch wurzelt: sofern wird jeder Schuldner dem Anspruche des gemeinsamen Gläubigers die Berufung auf eine derartige Befreiung seines Mitschuldners entgegensetzen können. Doch wird er es sich gefallen lassen müssen, daß der Gläubiger ihn durch Baareinzahlung der Summe abfinde, die er regrediendo von jenem liberirten

---

[38]) A. M. ist Ribbentrop, S. 223. Note 1. in Betreff der Acceptilation und Novation. Doch wohl nur, weil er die untheilbaren Obligationen hinsichtlich der Naturalerfüllung den Correalobligationen für ähnlich hält.

Mitschuldner hätte erlangen können, und auf solche Weise dennoch zur Erfüllung nöthige[39]). Sofern dagegen etwaige Regreßansprüche nur auf eine negotiorum gestio gestützt werden könnten: sofern fällt mit der Befreiung des einen Schuldners die Möglichkeit für die Entstehung dieses Regreßrechtes weg. Aber eben weil es sich hier nur um den Wegfall eines erst möglichen Rechtes handelt, wird der andre Schuldner sich auf jene Befreiung nicht berufen können.

Zu 2.

Sofern die mehreren zu einer untheilbaren Leistung verpflichteten Schuldner zu einander im Verhältnisse von socii, coheredes[40]) und allenfalls von mandans und mandatarius stehen[41]), ist die Frage nach dem Dasein eines Regreßrechtes unbestritten. Nicht ganz so einig ist man über den Fall, da mehrere ursprüngliche Schuldner, außerhalb eines solchen Verhältnisses zu einander, zugleich die Verpflichtung zu einer und derselben untheilbaren Leistung übernehmen. Wir dürfen uns indessen in dieser Beziehung der Mühe eigner Untersuchung gewiß entschlagen, indem wir einfach verweisen auf die schon vielfach von uns benutzte Arbeit von Alfred Brinkmann[42]). Hier ist dargethan, daß in Ermangelung eines andern Grundes für die Regreßnahme ein solcher jedenfalls in der negotiorum gestio liege, welche der einzelne Schuldner mittels der Befriedigung des gemeinsamen Gläubigers für seine Mitschuldner vornehme[43]).

Voraussetzung für eine wirksame Regreßnahme aus dem einen wie dem andern der genannten Rechtsverhältnisse ist, außer diesem Verhältnisse an sich, noch weiter, daß entweder der Regredient sowohl die Erfüllung überhaupt, als die besondere Art der Erfüllung und

---

39) Diese Ansicht trägt, unter Berufung auf Accursius, vor Giphanius in den Lect. Altorph. ad l. 1. Pecuniam. Cod. de hered. act. (4, 16) p. 675. für den besondern Fall, wenn der Schuldner einer Servitut zum Theil von seinem Gläubiger beerbt wird. Er erwähnt dabei, daß Fulgosius abweichender Ansicht sei.

40) l. 44. §. 8. D. fam. ercisc. 10, 2. l. 11. §§. 23. 24. D. de leg. III. s. auch l. 49. §. 4. D. de legat. II. S. oben S. 76 f.

41) S. oben §. 28. zu Note 20. Dies Mandat ist übrigens keineswegs identisch mit demjenigen, welches v. Savigny unter mehreren Correalschuldnern aus einem Vertrage annimmt. Obl.-R. Bd. 1. §. 23. sub II. S. 233 ff.

42) Verhältn. der act. comm. div. u. s. w. S. 151 f. sub 5.

43) Vgl. l. 19. §. 2. D. comm. div. 10, 3. l. 31. §. 7. D. de neg. gest. 3, 5. — S. auch v. Vangerow, Lehrb. Bd. 3. §. 573. Anm. 3. sub 4. S. 80 f. — Vgl. oben §. 28. Note 12.

deren Modalitäten unter Zustimmung der Regreßpflichtigen vorgenommen habe, oder aber, daß die Erfüllung an sich nothwendig und die gewählte Art und Modalität der Erfüllung zweckmäßig gewesen sei[44].

Bei der Uebereinstimmung der Regreßpflichtigen ist keinerlei Bemerkenswerthes.

Den schwierigen Nachweis aber von der Nothwendigkeit der Erfüllung überhaupt erleichtert sich der auf Erfüllung belangte Schuldner dadurch, daß er seinen Mitschuldnern litem denuntiirt. Hierdurch werden sie genöthigt, auch wenn sie nicht in den Proceß als accessorische Intervenienten eintreten, das in demselben gefällte Urtheil rücksichtlich der Existenz des Regreßanspruchs gegen sich gelten zu lassen[45], sofern sie nicht etwa ihrerseits darzuthun vermögen, daß der Denuntiant in seiner Vertheidigung nachlässig gewesen sei oder colludirt habe.

Man könnte zweifelhaft sein, ob die thatsächliche Unmöglichkeit der Denuntiation in ähnlicher Weise wie bei der Evictionsverbindlichkeit die geschehene Denuntiation ersetze[46]. Wenn diese Unmöglichkeit auf einem Dolus der regreßpflichtigen Person beruht, glauben wir diese Frage allgemein bejahen zu müssen. Abgesehen von einem solchen Dolus aber, möchten wir meinen, kömmt die Unmöglichkeit der Denuntiation ihrer wirklichen Vornahme nur dann gleich, wenn die Regreßverbindlichkeit auf einem contractlichen oder quasicontractlichen Verhältnisse beruht, das schon vor der Belangung des Regredienten durch den gemeinsamen Gläubiger vorhanden ist, das also an sich gewissermaßen die regreßpflichtigen Personen verpflichtet, der Denuntiation gewärtig zu sein. Wo hingegen die Regreßpflicht blos auf der wirklichen Erfüllung der gemeinsamen Obligation abseiten des Regredienten beruht, da ersetzt eine vom Regreßpflichtigen unverschuldete Unthunlichkeit der Denuntiation die wirkliche Denuntiation nicht.

In ähnlicher Weise wie die Nothwendigkeit der Erfüllung haben die Regreßpflichtigen auch die vom Regredienten gewählte Art der Erfüllung sammt den dabei im einzelnen beobachteten Modalitäten anzuerkennen, soweit der Regredient ihnen seine Absicht hierüber angezeigt hat, sie aber derselben nicht widersprochen haben und nicht etwa eine

---

44) arg. l. 25. §. 15. D. fam. ercisc. 10, 2. — S. l. 44. §. 8. cit. D. fam. ercisc. 10, 2. — „ut pars impendiorum boni viri arbitratu praestetur."

45) S. Wetzell, Syst. §. 7. S. 30 f. zu Note 20. — l. 8. §. 8. i. f. l. 10. §. 12. D. mand. 17, 1. vgl. auch l. un. Cod. ut causs. post pubert. 5, 48.

46) l. 55. §. 1. l. 56. §§. 5. 6. D. 21, 2.

Verschuldung des Regredienten bei der Ausführung seiner angezeigten Absicht im einzelnen darzuthun vermögen. Denn es würde geradezu dolos sein, wollten sie auf jene Anzeige hin stillschweigend die vorgeschlagene Art der Erfüllung geschehen lassen, deren Anerkennung aber hernach verweigern. Gerade hierin liegt der allgemeine Zwang, welchen der einzelne Schuldner gegen seine Mitschuldner auszuüben vermag, damit diese die für ihn vielleicht unthunliche aber höchst kostspielige Naturalerfüllung vornehmen, wenn dieselbe im ganzen vortheilhafter ist als die Zahlung der Litisästimation [47]). Noch wirksamer dürfte dieser Zwang im heutigen Rechte werden, welches bei Verpflichtungen zu einer Arbeitsverrichtung eine Execution kennt, vermöge deren jene Verrichtung auf Rechnung des Condemnirten durch andere Arbeitskräfte vollzogen wird: was außerordentlich kostspielig werden kann. — Herauszuheben ist übrigens, daß, wenn die Mitschuldner, welche das Dasein der gemeinsamen Verpflichtung anerkennen, zu der von ihrer einem beabsichtigten Art und Weise der Erfüllung jener Verpflichtung ausdrücklich oder stillschweigend zustimmen, der Regreß gegen sie nicht mit der negotiorum gestorum, sondern mit der mandati contraria actio genommen werden muß [48]). Beruht die Regreßpflicht auf einem Rechtsverhältnisse, das den einzelnen Schuldner auch seinem Mitschuldner gegenüber obligirt, der gemeinsamen Verpflichtung in der zweckmäßigsten Art nachzukommen, also namentlich auf einer societas, — so wird durch jene Anzeige des belangten Schuldners der Mitschuldner nicht blos gezwungen, die vom erstern beabsichtigte Erfüllungsart als die geeignete anzuerkennen, falls er nicht widerspricht, — sondern er ist obendrein gehalten, diesem erstern allen Schaden zu ersetzen, den derselbe dadurch erleidet, daß der andere nicht eine, in seinen Kräften stehende, geeignetere Erfüllungsart wählt. Unter Miterben dagegen, oder in Fällen, wo der Regreß mit der negotiorum gestorum actio genommen werden müste, tritt diese Verpflichtung nicht ein.

Aber selbst in diesen Fällen, und noch mehr natürlich in jenen andern, wird durch das geschilderte Regreßrecht die solidarische Haftung des einzelnen thatsächlich sehr gemindert. Denn bei weitem der Regel nach werden die Mitschuldner auf gehörige Aufforderung ihrerseits nach Kräften zu der Naturalerfüllung mitzuwirken suchen, die meistens

---

47) S. oben §. 33. zu Note 20.
48) l. 60. D. de R. J. 50, 17.

allen Theilen dienlicher sein wird als die Leistung der baaren Litisästimation.

Von selbst versteht es sich übrigens, daß von einem Regreß überhaupt nur dann die Rede sein kann, wenn der erfüllende Schuldner für die Erfüllung Opfer von Vermögenswerth gebracht hat, mögen diese nun unmittelbar in Vermögensgegenständen bestehen, mag es zunächst ein Aufwand von Zeit und Arbeitskraft sein, welcher zu Vermögenswerth veranschlagt werden kann. Es fällt daher jeder Regreßanspruch fort, sofern es sich nur um die Rückgabe der naturalis possessio handelt, welche in natura vorgenommen wird; oder sofern nur eine Handlung in Frage kömmt, welche demjenigen, der sie vornimmt, weder Zeit noch Mühe der angegebenen Art kostet, wie das namentlich beim Mandat oft der Fall sein wird. Wo ferner der erfüllende Schuldner als solcher den Ersatz der gehabten Vermögensopfer vom Gläubiger zu fordern vermag, wie dies ebenfalls beim Mandate, ebenso auch bei der Vormundschaft u. s. w., der Fall ist, da tritt natürlich ein Regreß dieser Unkosten halber nicht ein. Und wo endlich die Mitschuldner, in einer ihrer gegenseitigen Verpflichtung wirklich oder vereinbartermaßen entsprechenden Weise, an der concreten Befriedigung des gemeinsamen Gläubigers selber schon theilnehmen, da cessirt gleichfalls jeder Regreß. Eine derartige Theilnahme aber liegt immer vor bei der Naturalerfüllung der obligatio servitutis, welche den Miteigenthümern der res servitura obliegt [49]). Ebenso ist es auch bei der Naturalerfüllung der Obligation auf Hingabe der naturalis possessio, z. B. infolge einer Verpachtung, an einer Sache, die im gemeinsamen Rechte, z. B. dem Miteigenthume, der Obligirten steht.

Wieder eine andere Frage ist es: wie sich die theilbare Gegenleistung, welche der zu einer untheilbaren Forderung Berechtigte für deren Erfüllung zu geben verpflichtet ist, unter die mehreren Schuldner vertheile? Sie wird in der gewöhnlichen Weise, also regelmäßig pro rata, den einzelnen Gegencontrahenten gebühren. Es ist auch kein Grund abzusehen, weshalb der einzelne von ihnen, der die untheilbare Leistung allein erfüllt, den ausschließlichen Anspruch auf die Realisirung dieser Gegenforderung haben sollte. Er wird sie freilich häufig als negotiorum gestor der übrigen realisiren, und dies kann für die Verwirklichung seiner Regreßansprüche sehr vortheilhaft sein. Abgesehen

49) S. oben §. 8. nach Note 2a.

aber von einer förmlichen Beschlagnahme auf die Forderungsantheile der übrigen im Wege des Arrestprocesses oder der Zwangsvollstreckung, hat der einzelne Contrahent darauf hier so wenig als anderswo ein Recht. —

Zweites Hauptstück.

Das Recht Justinians.

§. 37.

Dem classischen Rechte war in Civilsachen keine andre Art der Condemnation bekannt, als auf baares Geld. Und wenn nicht ebenso auch die Zwangsvollstreckung im classischen Rechte stets nur auf baares Geld gehen konnte: so hat dasselbe immerhin höchstens eine erzwungene Restitution, und allenfalls Exhibition, und auch diese nur bei solchen Klagen zugelassen, ex quibus arbitratu judicis quid restituitur [1]).

Es fragt sich nun, ob und wie weit im justinianeischen Rechte rücksichtlich dieser beiden Puncte Aenderungen eingetreten seien, die etwa einen Einfluß auf die Theilung oder Nichttheilung der Obligationen ausgeübt haben.

Das ist wohl als feststehend zu betrachten, daß nach dem Rechte Justinians die Endsentenz nicht stets auf baares Geld zu gehen brauchte. In manchen Fällen vielmehr konnte, ja, muste sie auf eine certa res praeter pecuniam gerichtet werden [2]).

Soweit indessen die sententia certae rei eine Verurtheilung auf die Uebertragung des Eigenthumes bedeutet, hat sie für uns hier kein Interesse. Denn da das Eigenthum durchaus theilbar ist, so kann die directe Verurtheilung zu der Uebertragung desselben keine Untheilbarkeit des darauf gerichteten Anspruchs zur Folge haben.

Das Gleiche gilt, soweit jene sententia certae rei etwa die Uebertragung des juristischen Besitzes bezielen sollte.

Ob unter einer solchen Sentenz auch die Verurtheilung auf Bestellung einer Servitut zu begreifen sei, ist so wenig aus den Quellen ersichtlich, als unsre Literatur darauf Rücksicht zu nehmen pflegt. Wir

---

1) Vgl. l. 68. D. de R. V. 6, 1.

2) §. 32. J. de act. 4, 6. l. 17. Cod. de fideic. libert. 7, 4.

wollen uns deshalb nicht dabei aufhalten. Selbst wenn eine solche directe Verurtheilung zur Bestellung einer geschuldeten Prädialservitut im justinianeischen Rechte möglich gewesen wäre, so würde rücksichtlich der Untheilbarkeit des geltendgemachten Verhältnisses wenigstens bei obligationes strictae auf dari servitutem nichts geändert worden sein. Für andre Obligationen auf Bestellung einer Servitut dagegen gilt dasselbe, was wir über obligationes faciendi bemerken werden. In welcher Weise das justinianeische Recht für ein Urtheil, welches geradezu auf die Bestellung einer Servitut gegangen wäre, etwa die Execution zugelassen hätte, das ist vollends unbekannt.

Nicht minder zweifelhaft ist es, ob jene sententia certae rei auch von der Verurtheilung zur Uebertragung des blos natürlichen Besitzes zu verstehen sei[3]), — abgesehen nämlich von solchen Fällen, in denen ein jussus oder arbitratus judicis hierauf gerichtet ist. — Die Obligationen auf Uebertragung der bloßen Detention gehören nach der classischen Terminologie zu den Obligationen auf ein facere. Wir haben oben nachzuweisen versucht, daß bei Obligationen dieses Inhaltes überhaupt der einzelne Schuldner, wie er für die Naturalerfüllung in solidum haftet, so regelmäßig auch auf das volle Geldinteresse daran condemnirt worden sei. Ist diese Behauptung richtig: so würde dadurch, daß später die Condemnation auf die untheilbare Uebertragung der Detention geradezu gerichtet worden wäre, eine Aenderung rücksichtlich der Theilbarkeit jener Obligationen nicht bewirkt sein. Und ebenso wenig selbstverständlich dadurch, daß in diesen Fällen auch die Zwangsvollstreckung geradezu auf gewaltsame Uebertragung des natürlichen Besitzes gegangen wäre. — Will man aber unsre obige Behauptung für das classische Recht nicht billigen: so würde dann allerdings anzuerkennen sein, daß bei den Obligationen auf Uebertragung der Detention jedenfalls durch die Richtung der Condemnation eben hierauf diese Obligationen im justinianeischen Rechte durchaus untheilbar geworden seien. — Bei den actiones arbitrariae und bonae fidei, welche auf Restitution oder Exhibition einer körperlichen Sache gerichtet sind, war jedenfalls im justinianeischen Rechte ein directer Zwang auf diese Leistungen möglich[4]). Voraussetzung dafür ist selbstverständlich, daß die Streitsache in den Händen des Beklagten sich befindet, oder wenigstens in den Händen einer Person, gegen

3) Vgl. Wetzell, Syst. des ordentl. Civilpr. §. 50. sub II.
4) l. 68. cit. de R. V.

welche aus dem Urtheile die Zwangsvollstreckung gerichtet werden kann, also eines Detentors [5]) oder einer Person, welche die Streitsache nach bereits eingetretener Litigiosität widerrechtlich erworben hat [6]). — Uns interessirt übrigens die Restitution hier nur soweit, als es sich um Restitution der naturalis possessio, also etwas Untheilbares, handelt. Es ergiebt sich auch hier sehr einfach, daß durch die Zulässigkeit eines Zwanges zu derartiger Restitution oder zur Exhibition die Untheilbarkeit der darauf gerichteten Obligationen in keiner Weise verändert werden kann. Denn, wie wir gesehen haben, wird der hierzu Verpflichtete stets in solidum condemnirt, sofern ihm die factische Möglichkeit der Restitution oder Exhibition zusteht, und er seiner Verpflichtung dennoch nicht genügt. Und genau in demselben Falle allein kann jener directe Zwang eintreten.

Höchst ungewiß ist es dagegen, ob ein directer Zwang bei der Verpflichtung zur restitutio operis und zur patientia aus einer obligatio arbitraria oder bonae fidei stattgefunden habe [7]). Dies hätte dann allerdings die Verhältnisse mehrerer Berechtigten und namentlich mehrerer Verpflichteten bei der actio aquae pluviae arcendae wesentlich umgestaltet. Die Compilation erwähnt jedoch von dieser speciellen Umgestaltung nichts. Und vielleicht ist gerade dies ein nicht unbedeutendes Argument dafür, daß der jussus judicis auf patientia destruendi oder auf eigne restitutio operis nicht exsequirt wurde, es vielmehr, falls der Beklagte diesen jussus nicht gutwillig befolgte, immer noch zur condemnatio pecuniaria kommen muste.

Rücksichtlich der übrigen Obligationen auf ein facere ist es nach der herrschenden Ansicht im justinianeischen Rechte bei der Condemnation auf das Geldinteresse geblieben [8]). Aber auch diejenigen, welche hier eine directe Verurtheilung auf das facere annehmen, müssen einräumen, daß die Execution nicht darauf, sondern nur auf den Geldwerth des facere gegangen sei [9]). Vom letztern Standpuncte aus

---

[5]) Vgl. l. 2. Cod. ubi in rem act. 3, 19.

[6]) l. 4. Cod. de litig. 8, 37.

[7]) Vgl. z. B. Bethmann-Hollweg, Gerichtsverf. und Proceß des sinkenden Röm. Reichs. §. 30. S. 328 ff. v. Keller, Civilpr. zu Noten 1038. 982. 861. Rudorff, Röm. Rechtsgesch. Bd. 28. 92. S. 306 f. Schmidt, Interdiktenverf. S. 135. und insbesondere Ribbentrop, Comment. ad l. 16. §. 5. D. de pign. etc. p. 31.

[8]) S. z. B. Wetzell, Syst. des ordentl. Civilpr. §. 46. Note 28. vgl. auch das. §. 50. sub II. zu Note 81.

[9]) S. z. B. Sintenis, Ztschr. für Civilr. und Pr. Bd. 11. (Gießen 1837.)

würde unsere Meinung, wonach der einzelne Schuldner aus einer solchen Obligation auch für das Geldinteresse in solidum haftet, für das justinianeische Recht einen neuen Grund gewinnen [10]).

Das alte Interdictenverfahren endlich ist weggefallen. An die Stelle derjenigen Klagen aus den Interdicten, welche die Hauptsache selbst verfolgen, sind actiones in factum getreten. Diese sind anstellbar in dem Augenblicke, in welchem das Interdict begründetermaßen hätte erwirkt werden können, wenn dasselbe ein exhibitorisches oder restitutorisches war; oder in dem Augenblicke, in welchem die durch das Interdict untersagte Handlung geschehen war, wenn dasselbe ein prohibitorisches war. Im übrigen gelten ganz und gar die früheren materiellen Grundsätze [11]). Nur, daß auch hier Restitution und Exhibition einer Sache erzwungen werden konnte [12]).

---

§. 10. S. 72 ff. Wächter, Erörterungen aus dem röm., deutschen und würtemb. Privatr. Hft. 2. S. 25 f.

10) A. M. freilich Sintenis selbst. Civilrecht Bd. 2. §. 84. Anm. 27. (Aufl. 2. 1861. S. 47.) s. auch v. Vangerow, Lehrb. Bd. 3. §. 567. (Aufl. 6.) S. 11. vgl. unten §. 38. zu Note 11.

11) Schmidt, Interdiktenverf. S. 321 ff.

12) l. 68. cit. i. f. D. de R. V. 6, 1.

Zweiter Hauptabschnitt.

Das heutige Recht.

§. 38.

Im ganzen dürfen wir die im ersten Hauptabschnitte entwickelten Ergebnisse auch heutzutage als praktisch bezeichnen. Es sind nur wenige Abweichungen hiervon zu bemerken, welche theils auf rein materiellrechtlichen, theils auf proceßrechtlichen Veränderungen beruhen.

1) In ersterer Beziehung muß auf die bekannte Thatsache hingewiesen werden, daß der principielle Gegensatz, den das römische Recht zwischen actiones strictae und freien Klagen statuirt, hinweggefallen ist. Alle Klagen werden heutzutage in der Weise der freien Klagen behandelt.

Dies hat für unsre Lehre im allgemeinen die Wirkung, daß das beneficium divisionis, sowie das beneficium cedendarum actionum, zweifellos bei allen untheilbaren Obligationen statthat, sofern seine allgemeinen Voraussetzungen vorhanden sind [1]).

Eine speciellere Folge jener Thatsache äußert sich bei der Obligation auf Bestellung einer untheilbaren Prädialservitut. Wir haben gesehen [2]), wie die obligatio stricta auf dari servitutem stets und nothwendig erlischt, sobald, abgesehen vom bloßen Erbgange, auch nur der geringste Wechsel im Eigenthum des fundus dominaturus vorgeht. Dieser Rigorismus erscheint durchaus bedingt durch die besondere Form der Obligation. Darauf kömmt es nun heutzutage schlechterdings nicht mehr an. Wenn sich jemand eine Servitut für das Grundstück versprechen läßt, an welchem er gegenwärtig Eigenthum hat, so dauert seine Forderung auf die Bestellung dieser Servitut fort, solange er nur noch irgend ein Interesse daran hat. Also insbesondere dann, wenn er nur einen Theil seines Eigenthums veräußert.

---

1) S. oben §. 20. S. 193 f. §. 23. a. E. §. 28. zu Note 10 und 11. §. 29. a. E. §. 30. nach Note 3. §. 33. a. E.

2) S. oben §. 8. zu Note 4 ff.

Aber auch dann, wenn er das ganze Eigenthum veräußert, gegenüber dem Erwerber jedoch die Verpflichtung übernimmt, dem Grundstücke die bestimmte Servitut zu verschaffen. Ebendeshalb wird man weiter auch die Zulässigkeit einer Cession dieser Forderung anerkennen müssen, namentlich zugunsten des Erwerbers des fundus dominaturus [3]). Und eine Cession an diesen wird stets anzunehmen sein, wenn derselbe das Grundstück „mit allen Rechten und Zuständigkeiten“ erworben und mit Rücksicht auf jene obligatio servitutis einen Zuschlag zu seiner Gegenleistung für das Grundstück gemacht hat. — Wir werden also auch die Fortdauer der activ vererbten obligatio servitutis trotz geschehener Erbtheilung anzunehmen haben, sofern nur wenigstens für einen der Erben ein Interesse an der Bestellung der Servitut fortdauert. Somit versteht es sich aber von selbst, daß heutzutage die Litisästimation, welche der einzelne Erbe, oder überhaupt der einzelne von mehreren Gläubigern einer Servitut, statt deren wirklicher Bestellung erlangt, keinesweges im Verhältnisse seines Erbantheils, oder seiner Eigenthumsquote am fundus dominaturus, zu der gesammten Litisästimation zu stehen braucht [4]). — Wie nun nach heutigem Rechte auch der Nichteigenthümer und der Theileigenthümer des fundus dominaturus die Forderung auf Bestellung einer Servitut für diesen fundus zu erwerben vermag; so ist folgerichtig das Ausbleiben der zur wirklichen Entstehung der geschuldeten Servitut nothwendigen Mitwirkung eines Miteigenthümers des fundus dominaturus nicht stets ein Befreiungsgrund mehr für den Schuldner. Als wahrer casus für den Schuldner gilt heutzutage vielmehr das Ausbleiben jener Mitwirkung nur noch dann, wenn derjenige, welcher dieselbe weigert, entweder als Miteigenthümer des fundus dominaturus gemeinsam mit den übrigen die Forderung der Servitutbestellung erworben, oder wenn er eine solche Obligation mitererbt hat. Denn in diesen Fällen liegt in jener Weigerung ein Hinderniß für die Leistung, das von gläubigerischer Seite ausgeht, und das wegen der Untheilbarkeit dieser Leistung über die Person des einzelnen eigensinnigen Gläubigers hinaus wirken muß. Nicht minder hat in dieser Beziehung der einzelne Mitgläubiger einer solchen Obligation für denjenigen einzustehen, dem er seine Quote des fundus dominaturus veräußert.

Wichtig ferner ist der Umstand, daß heutzutage Verpflichtungen

---

3) Vgl. das. nach Note 8.

4) Vgl. das. zu Note 10.

auf Bestellung einer Prädialservitut vonseiten mehrerer Eigenthümer des fundus serviturus und Verpflichtungen auf ein untheilbares facere, das von dem einzelnen Schuldner allein gar nicht erfüllt werden kann, im Zweifel stets in der Weise interpretirt werden müssen, welche wir in den §§. 30. und 33. dargelegt haben.

Auch mag an dieser Stelle darauf aufmerksam gemacht werden, daß unser heutiger Rechtsverkehr Prädialservituten kennt, welche aufseiten der Berechtigung quotenweis theilbar sind [5]). Man würde daher zu statuiren haben, daß einer von mehreren Eigenthümern eines Grundstückes für seine Eigenthumsquote allein eine solche Servitut sich versprechen lassen kann.

Endlich ist noch daran zu erinnern, daß viele prätorische Stipulationen heutzutage entweder völlig unpraktisch sind oder höchstens noch einen Schatten der alten Wichtigkeit vorstellen [6]). Einige derartige Stipulationen indessen haben, unabhängig von der alten Form der Stipulation, noch heute eine durchaus unbestreitbare Gültigkeit als nothwendige Obligationen [7]). So kommen tagtäglich, abgesehen von der Nothwendigkeit der Realsicherung durch satisdatio, d. h. durch Bestellung von Bürgen, ganz in alter Bedeutung vor die cautio rem pupilli salvam fore und die cautio usufructuaria. — Soweit nun diese und ähnliche nothwendige Obligationen sich noch erhalten haben, oder etwa in entsprechender Weise neu ausgebildet sind, wird ohne Frage der alte Grundsatz rücksichtlich des scindi in personas auch heute auf sie angewandt werden müssen.

2) Unter den processualischen Veränderungen des heutigen Rechtes, welche auf die Untheilbarkeit der Obligationen von Einfluß sein könnten, ist die Thatsache herauszuheben, daß heutzutage in allen Fällen die Verurtheilung des Schuldners geradezu, und die Execution des Urtheils, soweit das an sich möglich ist, auf den Inhalt seiner Verpflichtung gerichtet wird, sofern nicht etwa schon die rechtliche Unmöglichkeit ihrer Naturalerfüllung actenmäßig feststehen sollte.

---

5) S. oben §. 2. zu Note 14 ff.

6) Dies Letztere gilt namentlich auch von den einst so wichtigen processualischen Cautionen: de rato, judicatum solvi, judicio sisti, die zum Theil ihre Bedeutung obendrein haben. S. Wetzell, Syst. §. 9. a. E. §. 30. sub 1.

7) Sintenis, Civilr. Bd. 2. (Aufl. 2.) S. 50. §. 84. Note 37. behauptet freilich, daß die prätorischen Stipulationen gänzlich antiquirt seien und ihr Inhalt, abgesehen von processualischen Cautionen, daher nur in rein conventioneller Form erscheine.

Als Inhalt der Verpflichtung wird aber in Fällen, in denen früher eine actio arbitraria stattfand, kurzweg dasjenige aufgefaßt, worauf früher der jussus judicis de restituendo vel exhibendo ging. Dies hat für uns Interesse hinsichtlich der actio aquae pluviae arcendae, welche demnach durchaus als eine Klage auf die eigne Wegräumung oder resp. auf die Gestattung der Wegräumung einer bedrohlichen Veränderung des Wasserlaufes erscheint und vor den gewöhnlichen Klagen auf ein facere nichts mehr voraus hat.

Die veränderte Executionsart zeigt sich wirksam bei der Verpflichtung zur Bestellung einer Prädialservitut, welche den Miteigenthümern des fundus serviturus als solchen obliegt. Das Urtheil, welches die Verpflichtung des einzelnen festgestellt hat, wird in der Weise vollstreckt, daß die Servitut, soweit es ihn angeht, für bestellt angenommen wird. Eine nothwendige Vertretung der übrigen Miteigenthümer dagegen durch den gerade belangten ist durchaus nicht zu rechtfertigen, wenn man nicht zugleich der Ansicht ist, daß das Urtheil, welches gegen den einen ergangen ist, auch gegen die übrigen wirke[7a]). Ist nun aber allen Miteigenthümern gegenüber die Verpflichtung zur Bestellung der Servitut festgestellt und nöthigenfalls in der angegebenen Art vollstreckt: so ist damit die Servitut optimo jure erworben.

Im übrigen kann nach der Ansicht, welche wir in den §§. 12. und 33. über die solidarische Haftung des einzelnen von mehreren zu einem untheilbaren facere Verpflichteten auch für die condemnatio pecuniaria entwickelt haben, jener durchgreifenden Veränderung des modernen Rechtes kein Einfluß auf das Maß der Haftung des einzelnen zugeschrieben werden.

Wer dagegen mit Ribbentrop annimmt, daß in vielen Fällen der einzelne von mehreren Schuldnern einer derartigen Verpflichtung nach römischem Rechte nur habe in partem condemnirt werden dürfen, der wird ganz consequent an jene Veränderung eine weitere Modification für die Geltendmachung einer solchen untheilbaren Obligation anknüpfen müssen. Er wird nämlich sagen müssen, daß „heutigestags — weil auf den eigentlichen und ursprünglichen Gegenstand der Obligation nicht blos erkannt werden kann, sondern auch eine Execution des darauf gerichteten Urtheils stattfindet — wenn ein einzelner von mehreren Schuldnern belangt wird, und es sich nicht blos um

7a) A. M. v. Savigny, Obl.-R. Bd. I. §. 36. S. 379. vgl. das. §. 19. S. 190 f.

die Prästation des Interesse handelt", dieser einzelne Schuldner der Klage den Einwand entgegensetzen könne: er sei „nur verpflichtet, mit den andern zusammen die Leistung zu beschaffen, dürfe folglich allein nicht zur Leistung gezwungen werden" [8]). — Gegen diese Meinung gilt nun zunächst natürlich alles das, was wir in §. 35. gegen die nothwendige Theilung der Condemnation gesagt haben. Mit Recht bemerkt Wetzell [9]) weiter hiegegen, jener Einwand würde etwas juristisch Unmögliches fordern, wenn seine materielle Wirkung darin liegen sollte, daß vom einzelnen Schuldner nur ein getheiltes facere zu verlangen sei. Getheilt aber müßte das facere auch als Gegenstand der einzelnen Ansprüche gedacht werden, welche vereinigt gegen die mehreren Schuldner erhoben werden, wenn man nicht annehme, daß mittels eines jeden dieser einzelnen Ansprüche das facere ganz gefordert werde. Verstehe man sich aber einmal zu dieser Annahme: so falle die Nothwendigkeit hinweg, die mehreren Schuldner gemeinsam um Erfüllung anzugehen, da dann auch der einzelne in solidum in Anspruch genommen werden könne. „Gerade hierauf aber weis't schon das römische Recht durch die Behandlung der actiones arbitrariae hin, welche insofern vorbildlich für die heutige Urtheilsfassung geworden sind, als sie von jeher der Verurtheilung in Geld einen jussus de restituendo vel exhibendo vorausgehen ließen." „Der neuere Grundsatz —, nach welchem Klagbitte und Urtheil so viel als möglich auf den natürlichen Gegenstand des streitigen Rechtes gerichtet werden sollen, — — stellt die aus den obligationes faciendi entspringenden Klagen mit den actiones arbitrariae in der vorliegenden Beziehung auf gleichen Fuß, und bewirkt demnach, daß auch sie sich, solange sie auf das facere selbst und nicht auf das Interesse

---

[8]) Ribbentrop, Correalobl. §. 21. S. 184. verbunden mit Planck, Mehrheit. S. 122. Note 20, welcher letztere hinzufügt, daß dieser Einwand nicht, wie Ribbentrop sich ausdrückt, die exceptio plurium litis consortium begründe, sondern sich auf den Klaggrund beziehe. S. auch das. S. 400 ff. — Arndts, Pand. §. 216. a. E. und Anm.

[9]) Syst. §. 63. S. 675 f. — Bei dem Referate hieraus haben wir jedoch statt des Begriffes der exceptio plurium litis consortium den Begriff einer gemeinsamen Belangung der mehreren Schuldner überhaupt substituirt. Denn in der That scheint es den Anhängern der angefochtenen Meinung nicht sowohl auf die processualische Bedeutung jenes Einwandes anzukommen, welche bekanntlich höchst problematisch ist, als vielmehr auf seinen materiellen Kern. Die Argumente aber, welche wir von Wetzell entlehnen, treffen diesen gerade so wohl, wie jene.

gerichtet sind, in solidum vererben. — Der einzelne Erbe des Schuldners [wird daher] nicht nur in das ganze facere, sondern auch, wenn allein belangt, auch in das ganze Interesse verurtheilt —, — indem ihm — überlassen bleibt, seine Miterben zur Hülfeleistung zu bestimmen oder demnächst mit einem Regreßanspruch gegen sie aufzutreten" [10]).

Wir fügen endlich noch folgende Erwägung hinzu. Wenn der Gläubiger mit rechtlicher Gewißheit den einzelnen Schuldner nur zu einer Geldcondemnation zu treiben vermag, so wird er selbst durch die Nothwendigkeit einer Theilung dieser Condemnation wenigstens insofern nicht verkürzt, als er doch immerhin eine Leistung erhält und ihm specifisch dasselbe gegeben wird, was er überhaupt zwangsweise zu erlangen vermag; denn selbst bei der Insolvenz einzelner von mehreren Schuldner sind es nur deren Antheile an der Litisästimation, welche ihm entgehen. Wenn aber die Verurtheilung auf die ursprünglich geschuldete Leistung selbst gehen soll: wie verläuft denn da die Sache, falls einzelne von den mehreren Schuldner abwesend oder leistungsunfähig sind? Haben die anwesenden und leistungsfähigen Schuldner wirklich ein Recht darauf, daß die übrigen zur Leistung mitherangezogen werden: so müsten sie in einem solchen Falle ohne alle Leistung absolvirt werden. Wir vermögen mindestens nicht einzusehen, weshalb hier, ganz und gar gegen die Regeln unseres Proceßrechtes, eine Condemnation auf das Interesse in Gelde blos zu dem Zwecke eintreten sollte, damit der einzelne Schuldner in partem condemnirt werden könne. Wollte man aber, um diesem Dilemma zu entgehen, behaupten, daß der einzelne von mehreren Schuldnern eben auch nur die Zuziehung seiner anwesenden und leistungsfähigen Mitschuldner verlangen könne: so hätte man damit diesem ganzen vermeintlichen Rechte der Berufung auf die Mitverpflichtung andrer den Boden genommen. Denn mit dieser Behauptung stellt sich jenes Recht überhaupt nur als ein bedingtes heraus, als ein Recht, welches lediglich von der Billigkeit des concreten Falles abhängt: es würde damit also in thesi die solidarische Haftung des einzelnen Schuldners anerkannt sein. Und was würde jenes Recht seinem Inhalte nach anders sein, als ein beneficium divisionis? Eine Theilungseinrede aber bei untheilbaren Ansprüchen — das ist doch gewiß ein Widerspruch in sich selber!

---

10) Wetzell, das. S. 677 f. s. auch de Scheurl, l. c. p. 109.

Kurzum: ein Recht des einzelnen von mehreren zu einem untheilbaren facere verpflichteten Schuldnern, vermöge dessen er verlangen könnte, daß der gemeinsame Gläubiger sie alle vereinigt auf Erfüllung angehe, ein solches Recht existirt überhaupt nicht.

Schließlich ist noch einer eigenthümlichen Modification zu erwähnen, welche neuerdings jenem vermeintlichen Rechte auf Theilung gegeben worden ist[11]). Hiernach soll nämlich die Verurtheilung des einzelnen Schuldners zwar auf die untheilbare Leistung selber gerichtet werden, ohne daß dagegen ein Schutz in der Berufung auf die Mitverpflichtung mehrerer liege. Komme es nun aber zur Execution des Urtheils, welche nur infolge einer Liquidation des Interesse möglich sei: so werde allerdings jene Berufung auf Mitschuldner insofern wirksam, als gemäß derselben eine Theilung der Execution auf das Interesse nothwendig sei. — Wir glauben, es getrost dem gesunden Urtheile unverbildeter Praktiker und klar denkender Theoretiker überlassen zu dürfen, was sie von einer solchen Theilungseinrede halten mögen, die nicht nur in der Executionsinstanz noch zulässig sein soll, sondern geradezu für die Executionsinstanz allein geschaffen wäre[12]).

---

11) S. Sintenis, Civilr. Bd. 2. §. 84. Anm. 27. S. 48. (2. Aufl.) vgl. auch v. Vangerow (6. Aufl.) Bd. 3. §. 569. Anm 2. sub I. 2. S. 11, von dem es mir übrigens nicht recht klar ist, ob er der Ansicht von Ribbentrop, oder der Ansicht von Sintenis folgt.

12) S. Wetzell, a. a. O. (oben S. 283. vor Note 10.)

Beilage I.

Ueber die Bedeutung der Stipulation: Titium heredemque ejus ratum habiturum? in l. 4. §. 1. D. de V. O. 45, 1. und in l. 44. §. 6. D. fam. ercisc. 10, 2.

(Zu §. 14. Note 1d.)

L. 44. §. 6. D. fam. erisc. 10, 2. (Paull. lib. 6. ad Sabin.) Si quis stipulatus fuerit: Titium heredemque ejus ratum habiturum, et Titius pluribus heredibus relictis decesserit, eum solum teneri, qui non habuit ratum, et solum ex heredibus stipulatoris acturum, a quo fuerit petitum.

l. 4. §. 1. D. de V. O. 45, 1. (Paull. lib. 12. ad Sabin.) — in illa stipulatione: Titium heredemque ejus ratum habiturum. nam hac stipulatione et solus tenebitur, qui non habuerit ratum, et solus aget, a quo fuerit petitum. pp.

Als den Promissor in der Stipulation: Titium pp., welche die vorstehenden Stellen behandeln, sieht man meist denjenigen an, von dem der Stipulator besorgt, er werde etwas Geschehenes nicht genehm halten [1]). Und diese Ansicht scheint nach dem Zusammenhange der

---

1) So z. B. Baro ad l. 4. §. 1. D. de V. O. v. Titium heredemque]. Opp. III. p. 163. Duaren. ad h. l. v. nam in hac stip.] Donell. ad h. l. Nr. 14. Cujac. ad l. 2. sqq. h. t. v. Item si in facto]. Chesius. l. c. Nr. 109. Retes. l. c. praeludium tertium. §. XIX. Ribbentrop, a. a. O. S. 216 f. Note 27. de Scheurl. c. l. p. 30.

Bei dieser Meinung aber dürfte es sehr zweifelhaft sein, ob jene Stipulation für eine prätorische gehalten werden könne. Dagegen sind denn auch z. B. Baro, Duaren., Donell., Retes, ll. cc. Für eine prätorische erklären sie z. B. Cujac. l. c., Rubo, a. a. O. S. 172 f., Ribbentrop a. a. O., Schirmer, Judicialstipp. S. 190 f. Das Argument hiefür aus der Theilbarkeit der prätorischen Stipulationen im Gegensatze der Conventionalstipulationen beruht indessen auf Misverständnissen. s. auch §. 19. S. 148 f.

Stellen allerdings durchaus nothwendig [2]). — Als den Stipulator aber betrachtet man denjenigen, der sich vor wiederholten Ansprüchen des Promissor durch die fragliche Stipulation decken will, dem also am nächsten läge, zu stipuliren:

Spondesne, te mecum amplius acturum non esse?

Hat nun aber die Vertauschung der Stipulation: amplius non agi — zwischen diesen Personen mit der Stipulation de rato — einen praktischen Sinn? ja, überhaupt einen Sinn? — Wir glauben, das entschieden verneinen zu müssen.

Betrachten wir, um dies zu erkennen, die Bedeutung der Stipulation amplius non agi in ihren sämmtlichen Beziehungen.

Mit der Stipulation: amplius neminem acturum — sichert sich jemand, der einen gewissen materiellen Anspruch erledigt, gegen eine Wiederholung dieses selben Anspruches, welche also, trotz jener Erledigung, formell immer noch möglich ist. Und zwar kann die formelle Möglichkeit wiederholter Geltendmachung dieses Anspruches auf einem zwiefachen Grunde beruhen. Entweder nämlich beruht sie darauf, daß der formelle Tenor eines auf eben diesen Anspruch gerichteten Rechtsmittels derselben Person gegen dieselbe dritte durch dessen concrete Befriedigung nicht beseitigt wird [3]). Oder aber darauf, daß zuerst der Anspruch einer Person erledigt wird, welcher den Anspruch einer andern Person auch materiell nicht ausschliest, während doch der materiellen Verpflichtung der beiden Ansprüchen ausgesetzten dritten

---

2) A. M. Molinaeus, l. c. P. III. Nris. 479. sq. p. 267. sq. – s. auch Rubo, a. a. O. S. 172 ff.

3) s. z. B. l. 24. l. 31. Cod. de transact. 2, 4. — l. 13. D. de R. V. 6, 1. l. 9. §. 1. D. de furt. 47, 2. l. 36. §. 2. D. de H. P. 5, 3. — Wenn von zweien, auf denselben materiellen Anspruch gerichteten, Rechtsmitteln das eine ausdrücklich auf die fides bona, das aequum et bonum und dergl. abgestellt ist: so erlischt dieses infolge der erfolgreichen Durchführung des andern ipso jure. In andern Fällen derartiger Concurrenz von Rechtsmitteln giebt der Prätor gegen die wiederholte Anforderung, soweit bereits einmal Befriedigung erlangt ist, eine exceptio doli oder in factum. l. 34. D. de O. et A. 44, 7. l. 71 pr. D. de furt. 47, 2. [actio furti hier = condictio furtiva.] l. 14. §. 13. D. quod met. c. 4. 2. — Indessen scheint es in solchen Fällen immerhin sich empfohlen zu haben, vor der Condemnation aus der ersten Klage, falls deren Natur dies erlaubte, den Kläger caviren zu lassen, daß er das zweite Rechtsmittel nicht gebrauchen wolle. l. 25. §. 3. D. loc. 19, 2. l. 7. §. 1. D. commod. 13, 6. Es hätte z. B. die sonst erforderliche exceptio vergessen werden, oder es hätten Zweifel über deren Statthaftigkeit, Umfang ꝛc. entstehen können. — S. von Savigny, Syst. Bd. V. §. 232. §. 236. S. 260 ff.

Person mit der Erledigung eines jener Ansprüche genügt ist[4]). Dies kann aber wiederum auf doppelte Weise vorkommen. Erstens so, daß zwei Personen gegen dieselbe dritte Ansprüche haben, die zwar formell und materiell durchaus selbständig sind, aber der Sache nach einer im andern befriedigt werden, so daß Billigkeitsrücksichten bei der Befriedigung des ersten die Sicherstellung gegen den zweiten Anspruch fordern[5]). Zweitens so, daß der zuerst mit einem Anspruche Auf-

4) Schließt materiell der Anspruch, den eine Person gegen eine dritte erhebt, den Anspruch aus, den eine andere gegen diese dritte Person zu erheben vermag, während formell beider Ansprüche neben oder nach einander durchzusetzen sind: so sichert sich die beiden Angriffen ausgesetzte Person gegen die Gefahr doppelter Leistung durch die cautio: defensum iri adversus alterum, oder eine ähnliche, kraft deren der zuerst Befriedigte eventuell die Befriedigung des Zweiten, wenigstens der Sache nach, auf sich übernimmt. l. 57. D. de H. P. 5, 3. l. 57. l. 58. D. de R. V. 6, 1. l. 1. §§. 36. 37. l. 14. pr. D. depos. 16, 3. l. 5. §. 19. l. 7. pr. D. de trib. act. 14, 4. l. 8. §. 3. D. de legat. II. l. 11. §. 21. D. de legat. III. l. 1. §§. 9. 10. D. de dote prael. 33, 4. l. 20. §. 2. D. fam. ercisc. 10, 2. l. 14. pr. D. de nox. act. 9, 4. l. 16. §. 3. D. ad SC. Trebell. 36, 1. l. 31. pr. D. de H. P. 5, 3. l. 4. D. de lib. leg. 34, 3. l. 18. D. de pec. leg. 33, 8. l. 28. D. pro soc. 17, 2. — S. Planck, die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Proceßrecht. §. 24.

5) l. 14. §. 1. D. jud. solvi. 46, 7. l. 27. §. 14. D. ad leg. Aquil. 9, 2. (Ulp.) Es ist dies ein ganz eigenthümlicher Fall. Während sonst die actio legis Aquiliae oder eine analoge Klage dem blos obligatorisch Berechtigten nicht zusteht — l. 11. §. 9. D. h. t. (Ulp.) l. 18. §. 5. D. de dol. m. 4, 3. l. 13. §. 12. D. de A. E. e. V. 19, 1. —, wird hier eine actio in factum (ad exemplum Aquiliae) dem Pächter gegen denjenigen gegeben, der Unkraut zwischen das Getreide gesäet hat. Denn hier ist es der Pächter, der unmittelbar und ausschließlich beschädigt ist, sofern ihm durch das Zwischensäen des Unkrauts die Fruchtziehung, nach der Auffassung Ulpians, nur erschwert, aber nicht verkürzt ist. Er hat eben deshalb auch aus dem Pachtvertrage keinen Anspruch gegen den Verpächter. Und so scheint der letztere überhaupt nicht in der Lage, wegen einer Sachbeschädigung ex lege Aquilia zu klagen. Aehnlich wird das interdictum quod vi aut clam hier regelmäßig nur dem Pächter zustehen. Immerhin aber ist rücksichtlich dieser Klagen, die vonseiten des Verpächters immer nur auf dessen besonderes Interesse gehen würden — arg. l. 30. §. 1. D. ad leg. Aquil. 9, 2. und l. 12. D. quod vi aut clam. 43, 24. —, gar kein Grund vorhanden, weshalb der Pächter dem Schadenstifter de non amplius agendo caviren sollte. Anders dagegen verhält es sich mit dem Verfahren aus dem interdictum uti possidetis, dem der Schadenstifter vonseiten des Verpächters jedenfalls dann sich ausgesetzt sieht, wenn er nach der Erwirkung des Interdicts fortfährt, non sinere possidentem uti arbitrio suo, indem er vielmehr seine Unkrautsaat ruhig aufgehen läßt. — l. 11. D. unde vi. 43, 16. l. 8. §. 5. i. f. D. si serv. 8, 5. l. 3. §§. 4—6. 9. D. h. t. 43, 17. (s. K. A. Schmidt, das Interdiktenverfahren

tretende diesen Anspruch nur namens eines andern, als dessen Stellvertreter, geltend macht, während es ungewiß ist, ob jene erste Geltendmachung auch diesen andern, den dominus, binde[6]).

Damit sind die Fälle erschöpft, in denen eine cautio de non amplius agendo nothwendig ist.

Weiter ist nun zu bemerken, daß auch bei der Stellvertretung jene Caution ursprünglich wirklich gelautet hat: amplius eo nomine

---

der Römer. S. 62 ff.) Dem Interdicte nachzukommen, wird nun aber in diesem Falle schwerlich ein andrer Weg für den Schadenstifter sein, als derjenige, daß er sich mit dem, thatsächlich allein beschädigten, Pächter auseinandersetzt. Indessen kann gerade hier die Frage sehr kitzlich werden: an adversus edictum praetoris vis facta sit? (Schmidt, a. a. O. S. 239 ff.) — um so kitzlicher, je gefährlicher der Proceßgang aus dem Interdicte als aus einem prohibitorischen unvermeidlich war — Gaj. IV. §. 141 —, selbst wenn die Duplicität von sponsio und restipulatio aus dem interdictum uti possidetis als einem duplex nicht nothwendig gewesen sein mag (Schmidt, a. a. O. S. 286 f.). Es blieb daher für den Schadenstifter von der höchsten Bedeutung, wenn er den Pächter befriedigt, sich sicher zu stellen, ne dominus amplius inquietet, d. h. recht bezeichnend: durch die Drohung mit dem Verfahren aus dem Interdicte drangsalt (vgl. Brisson. de V. S. ad h. v. Ed. Hein. sub 1.), — eine Gefahr, gegen welche auch wohl die Möglichkeit des calumniae judicium auf die quarta pars caussae ex interdicto (Gaj. IV. §. 174.) nicht schützt (vgl. Schmidt. S. 268 ff. sub V.). Das Interesse an einer bloßen Störung des Besitzes an sich erscheint im alten Rechte höchst nebensächlich; wir wissen gar nicht einmal, ob und in welcher Form dasselbe beim interdictum uti possidetis habe gefordert werden können (vgl. Schmidt, S. 290 ff.). — Im neueren römischen Rechte dagegen hat sich unser Interdict in eine eigentliche Schadensersatzklage für Besitzesstörungen verwandelt. (Schmidt, S. 331.) Hier wird es nun kaum eine Möglichkeit geben, nach welcher nicht im Falle der l. 27. §. 14. cit. mit der Befriedigung des Pächters eo ipso auch der Verpächter für die erlittene Besitzesstörung klaglos gestellt worden wäre. Jedenfalls würde in der Gefahr des Proceßganges kein Grund mehr vorliegen, den Schadenstifter gegen einen etwa weitergehenden Anspruch des Verpächters zu sichern. Und deshalb hätten die Compilatoren wohl am richtigsten die Erwähnung der cautio amplius non agi hier ganz gestrichen, wie sie vielleicht Ulpians ausführlichere Darstellung verstümmelt haben. —

Vgl. ferner l. 22. §§. 9. 10. D. rat. rem. 46, 8. verbunden mit l. 5. §. 7. l. 17. §. 21. D. de inj. 47, 10. und mit l. 39. §. 4. D. de procurat. 3, 3. — l. 8. pr. eod. l. 17. §§. 10—14. §§. 17. 20. D. de inj. 47, 10. — Vgl. auch l. 2. D. ut legat. 36, 3. u. s. w.

[6]) Eine derartige Caution ist daher stets nothwendig, wenn eine solche Stellvertretung auf anfordernder Seite stattfindet. Indessen kann sie auch dann erforderlich sein, wenn ein Stellvertreter auf derjenigen Seite auftritt, die zunächst als die belangte erscheint. — S. Rudorff, röm. Rechtsgesch. Bd. 2. §. 74. sub 1. und sub 3. verbunden mit Note 1.

neminem, cujus de ea re petitio est, erit etc. — petiturum — oder ähnlich[7]). Später pflegte man jedoch hier einer andern Fassung den Vorzug zu geben, deren Hauptinhalt dahin ging: ratam rem dominum habiturum. Diese Fassung gewährt vor jener ältern namentlich den Vortheil, daß sie schon bei jeder thatsächlichen Nichtgenehmhaltung vonseiten des dominus verfällt, während die Klagbarkeit der andern die Litiscontestation oder ein wirksames Beitreiben vonseiten des dominus voraussetzt[8]). Und in dieser Form hat jene Caution des Stellvertreters im ausgebildeten Systeme der prätorischen Stipulationen ihre Stelle und Behandlung erhalten[9]).

Daß aber auch in den übrigen Fällen, in denen nach dem Vorhergehenden de non amplius agendo cavirt werden muste, eine Vertauschung der ältern Fassung der Caution mit jener Form auf ratam rem haberi — vorgekommen sei: das ist nirgends bezeugt. Es ist vielmehr klar, wie sinnlos eine solche Vertauschung der Formulare sein würde.

In der That beschränkt sich die Behauptung, daß bisweilen der zu einem amplius agere Befähigte selber anstatt: amplius se non acturum — promittirt habe: se ratum habiturum, — auf diejenigen Fälle, in denen eine Stellvertretung das Caviren nothwendig macht.

Auch in dieser Anwendung aber wäre zur Zeit des Paullus sowohl die eine wie die andere Stipulation völlig zwecklos gewesen. Sobald es nämlich feststand, daß der Stellvertreter wirklich gemäß dem Willen des dominus auftrete: so muste der dominus ohne weiteres die Handlungen des Stellvertreters anerkennen, als wären es seine eignen.

Um dies allgemein bündig zu erweisen, scheint es zweckmäßig, die verschiedenen Kategorieen der Handlungen zu sondern, welche für einen Stellvertreter die cautio de rato überhaupt erfordern. Es lassen sich in dieser Beziehung drei Classen von Handlungen unterscheiden.

---

7) S. z. B. Cic. Brutus. 4. 17. 5, 18. pro Rosc. Com. 12, 35. ad Famil. 13. ep. 28. (nicht wie bei v. Keller, Note 673. 3, 28. oder wie bei Brisson. de form. Ed. Paris. 1583. p. 438. u. 641. Ep. 29.) u. s. w.

8) l. 12. §. 3. verbunden mit l. 14. D. h. t. vgl. v. Keller, röm. Civilpr. Note 673.

9) S. Tit. Dig. 46, 8. ratam rem haberi et de ratihabitione.

1) Der Stellvertreter erlangt Zahlung oder sonstige materielle Befriedigung, z. B. durch Vergleich[10]).

2) Der Stellvertreter stipulirt eine prätorische (oder ädilicische) Cautionalstipulation (für den dominus[12]).

3) Der Stellvertreter führt einen Proceß[13]).

Die erste Kategorie macht keine Schwierigkeit. Die bloße Erklärung des dominus, daß einem Andern Zahlung geleistet werden solle, genügt, den Zahlenden zu liberiren, sogar dann, wenn ohne sein Wissen das Eincassirungsmandat zurückgenommen ist[14]). Wie vielmehr also des dominus fortdauernder Wille[15]).

Rücksichtlich der Cautionalstipulationen von Stellvertretern ist uns zwar, soviel mir bekannt, nur bei der cautio legatorum bezeugt, daß die Gewißheit des Mandates eine cautio de rato überflüssig mache[16]). Allein es kann wohl einem Zweifel nicht unterliegen, daß das Gleiche

---

10) Der Fall der Compensation kömmt für das neuere Recht deshalb hier nicht mehr in Betracht, weil dieselbe, auch wenn der Procurator sie verlangt, dennoch vom Gegner selber vorgenommen werden kann. l. 21. D. de comp. 16, 2. S. Ubbelohde, über den Satz: ipso jure compensatur. §. 25.

11) l. 5. pr. D. de V. O. 45, 1.

12) l. 1. §. 2. D. de praet. stipulatt. 46, 5. Cautionales sunt autem, quae instar actionis habent, et ut fit nova actio intercedunt: ut de legatis stipulationes et de tutela et ratam rem haberi et damni infecti. l. 37. pr. D. de O. et A. 44, 7. l. 20. D. rat. rem. 46, 8. (vice actionum.)

13) Rudorff, R. R. Gesch. Bd. 2. §. 74. Note 6. behauptet, daß auch im Falle der bon. possessio per alium agnita die Stipulation: ratum rem haberi — eine nothwendige gewesen sei. Allein die dafür allegirte l. 24. D. h. t. 46, 8. sowie l. 3. §. 7. und l. 16. D. de bon. poss. 37, 1. sagen nur, daß eine solche Agnition erst durch die ratihabitio wirksam werde, welche innerhalb der für die Nachsuchung der bon. poss. überhaupt festgesetzten Frist geschehen müsse. Es würde in der That auch schwer sein, zu sagen, wozu und wem cavirt werden solle. Das Vorkommen der l. 24. im tit. D. 46, 8. beweiset vollends nichts, wenn man erwägt, daß das Rubrum vollständig lautet: ratam rem haberi et de ratihabitione.

Ebenso wenig gehört hierher ein andrer Fall, in dem ex conventione de rato stipulirt wird, nämlich wenn der Stellvertreter über eine Sache des dominus contrahirt. l. 10. l. 11. l. 12. pr. D. h. t. 46, 8. Denn hier kann von einem amplius agere 2c. gar keine Rede sein.

14) l. 12. §. 2. D. de solutt. 46, 3.

15) S. z. B. l. 12. cit. pr. vgl. §. 4. eod.

16) l. 3. §. 2. D. ut in poss. legat. 36, 4. vgl. auch (rücksichtlich einer cautio judicialis) l. 27. §. 1. D. de procurat. 3, 3. — S. ferner etwa l. 1. §. 15. D. de mag. conv. 27, 8. l. 2. — 4. pr. D. rem. pup. 46, 6.

bei allen übrigen derartigen Stipulationen gelte. Namentlich also wird dem dominus die geforderte Stipulation denegirt werden, wenn mit seinem Willen dem Stellvertreter in genügender Weise cavirt worden ist[17]).

Bei der dritten Kategorie von Fällen ist die cautio de rato soweit nothwendig, als es nicht gewiß ist, daß durch den Rechtsstreit des Stellvertreters auch der Anspruch des dominus mittels der processualischen Consumption beseitigt worden sei. Sofern nun ein formloses Mandat zur Proceßführung diese Gewißheit nicht geben sollte, hätte es allerdings einen sehr guten Sinn, daß der Gegner des Stellvertreters vom dominus selber stipulirte: se amplius acturum non esse, oder: se ratum habiturum[18]). Andernfalls jedoch ist der Gegner durch die einfache Gewißheit des Mandates geschützt. — In der That aber liegt die Sache so. Es mag in früherer Zeit immerhin nur ein in bestimmter Form als Cognitor bestellter Vertreter für den dominus in judicium deducirt haben, und eben deshalb überall, wo der Cognitor und damit die Consumption fehlte, vom Procurator die cautio de rato erfordert sein[19]). Schon zu Gajus Zeit indeß stand es fest, daß infolge eines „gehörigen und nachhaltigen, förmlichen oder formlosen Mandates" der Stellvertreter genau so wirksam wie der dominus selber in judicium deducire[20]). Vollends zur Zeit des Ulpian und des Paullus[21]). Es hatte daher zwar stets noch einen guten Grund, falls die Fortdauer des Mandates zweifelhaft war, vom Procurator de rato zu stipuliren[22]). Wenn man aber vom dominus dergleichen stipuliren will, so muß der dominus nothwendig gegenwärtig sein; es steht alsdann Dasein und

---

17) Vgl. auch l. 5. D. de praet. stipp. 46, 5. verbunden mit l. 79. D. de V. O. 45, 1. aus dem 70. Buche Ulpians ad edictum, woraus auch l. 1. D. h. t. 46, 5. S. v. Keller, röm. Civilpr. Note 893. vgl. auch l. 49. §. 2. D. de acq. v. amitt. poss. 41, 2.

18) Könnte der Gegner gegen eine wiederholte Anforderung des dominus immerhin mittels einer doli exceptio sich wehren, so gewährte ihm doch der in einer solchen Stipulation liegende Verzicht ohne Frage eine weit größere Sicherheit. Ueber jene doli exc. s. Keller, Litiscontest. S. 322 f.

19) Vgl. Gaj. IV. §. 98. v. Keller, Civilpr. Note 719.

20) l. 1. Cod. de procurat. 2, 13. (Antonin. Pius. A°. 151.) l. 25. §. 2. D. de exc. rei jud. 44, 2. l. 22. §. 8. D. rat. rem. 46, 8. (Julian.) — S. auch Bekker, die processſ. Consumption. S. 153 ff.

21) S. z. B. l. 56. D. de jud. 5, 1. (Ulp.)

22) Fragm. Vat. §. 333. (Papinian.)

Fortdauer des Mandates so fest, wie nur möglich: und nun ist schlechterdings nicht zu begreifen, wozu die einfache promissio des dominus: se amplius non acturum, — se ratum habiturum — habe dienen mögen [23]). Und selbst mit einer bestimmten Geldbuße würde ein derartiges Versprechen des dominus ziemlich müssig erscheinen. Wenn jemand weiß, daß seine Anforderung an sich erfolglos bleiben müsse: so wird man ihn nicht erst lange durch Furcht vor einer Strafe zum Schweigen zu nöthigen brauchen. Wie dem aber immer sei: weder in l. 4. §. 1. noch in l. 44. §. 6. citt. ist eine Sylbe davon enthalten, daß die Ratihabition bei Vermeidung einer certa poena versprochen worden [24]).

Damit wäre denn wohl erwiesen, daß zur Zeit des Paullus eine derartige Caution, vonseiten des dominus bei der Aufstellung eines Stellvertreters dem Gegner geleistet, in keiner Weise den Anspruch auf praktische Bedeutung habe [25]). Als eine praktische aber

---

23) Eine solche Stipulation hat genau dieselben äußern Erforderniſſe, wie die förmliche Bestellung des Cognitor, nämlich die Gegenwart des dominus und des Gegners. Gaj. IV. §. 83. §. 97. Und Gajus selber hebt dabei in §. 97. cit. ausdrücklich heraus, daß bei der Bestellung des Cognitor keine derartige Caution weder von diesem, noch auch vom dominus gefordert werde. — S. übrigens v. Keller, Civilpr. Note 614.

In thesi darf mit obiger Ausführung übereinstimmend genannt werden Donellus ad l. 4. §. 1. cit. Nro. 14. Er nimmt jedoch an, daß dem dominus, sogar trotz seiner Stipulation de rato, aus der Proceßführung des Procurator res judicata nicht erwachse, und hält eben deshalb jene Stipulation für zuläſſig. —

Man hat sich für das Vorkommen einer solchen Stipulation des dominus auch berufen auf l. 65. D. de procurat. 3, 3. (Modestin.) z. B. Rubo a. a. O. S. 172. Wo aber wird in dieser Stelle von einer Stipulation des dominus gesprochen?

24) Vielmehr dürfte gegen die allgemeine Ansicht das gerade Gegentheil zu erweisen sein. S. Beilage II. Nro. III. zu Note 37 ff. A. M. z. B. Rubo, a. a. O. S. 173. auch Retes, c. l. praelud. tertium. §. XIX. (Meerman. Thes. VII. p. 605.) u. s. w.

25) Um alle Zweifel zu beseitigen, wollen wir in einer Note noch den Fall der l. 5. §. 18. D. de O. N. N. 39, 1 besprechen. (Ulp. lib. 52. ad edict.) Qui procuratorio nomine nuntiaverit, si non satisdabit, eam rem dominum ratihabiturum: nuntiatio omnimodo remittitur, etiamsi verus sit procurator. Der Nuntiat erbietet sich zur cautio ex operis n. n., welche als eine anticipirte cautio judicatum solvi für denjenigen Proceß erscheint, in dem nunmehr der Nuntiant sein Verbietungsrecht nachzuweisen hat, wenn er den Zweck der Nuntiatio weiter verfolgen will. Die Annahme der cautio ex op. n. n.

behandelt Paullus unsre Stipulation: Titium heredemque ejus ratum habiturum? jedenfalls in l. 44. §. 6. cit. Wir haben uns also den Inhalt derselben anders zu denken, als die herrschende Meinung dies thut.

Ueber die Person des Promissor kann kein Zweifel walten: es ist allerdings der dominus. Mithin muß der Stipulator eine andre Person sein, als der Gegner des Stellvertreters. Wir wissen aber niemanden, als den Stellvertreter selber. Diesem verpflichtete sich dann kraft jener Stipulation der dominus, seine Proceßführung genehm zu halten, namentlich die Unkosten zu decken und insbesondere ihn von der Leistung des Judicates durch dessen Uebernahme zu liberiren.

Und das hat ohne Frage einen praktischen Sinn. Freilich steht dem Mandatar die actio mandati contraria zu, seine Unkosten, auch die summa judicati, vom Mandanten erstattet zu verlangen[26]). Dennoch ist eine besondere Stipulation auf Deckung deshalb zweckmäßig, weil bei der Klage aus einer solchen Stipulation für den Kläger der Beweis unnöthig sein kann, welcher den Erfolg der mandati actio leicht gefährdet, nämlich: ob jene Aufwendungen bei größerer Sorgfalt nicht haben vermieden werden können. — Möglich auch, daß der dominus mit unsrer Stipulation zugleich dem Mandatar Bürgen bestellte.

Daß zu dieser Auffassung der Stipulation: Titium ratam rem habiturum? der Ausdruck der Quellen vortrefflich paßt, wird nicht bezweifelt werden können. So erklärt es sich, warum als Verletzung der Obligation in beiden Stellen nicht gesprochen wird von einem agere des Promissor, sondern von einem ratum non habere. Die Worte aber: a quo fuerit petitum — sind zu verstehen von der

---

ist also die Einleitung dieses Processes vonseiten des Nuntianten. Die Vollmacht aber zu diesem Processe liegt in dem Auftrage, die Nuntiation vorzunehmen, noch nicht. Obschon mithin der Auftrag zur Nuntiation feststeht, muß der Procurator mit Rücksicht auf den Proceß de rato caviren. — Vgl. Schmidt, Zeitschr. für Civilr. u. Pr. N. F. Bd. 8. S. 40. vgl. Rudorff, Jahrb. des gem. deutschen Rechts. Bd. 4. S. 143 ff. namentlich 146 f. und dagegen wieder Schmidt, das. S. 217 ff. (s. oben §. 13. Note 4a.) — Gewiß würde aber von dieser Caution abgesehen werden müssen, wenn der Procurator die Vollmacht auch zum Processiren ex o. n. n. beibringt. — S. l. 7. pr. eod. — S. auch l. 5. cit. §. 20. l. 6. l. 7. pr. D. h. t. 39, 1. l. 45. §. 2. D. de proc. 3, 3.

26) l. 46. §§. 5. 6. D. de procurat. 3, 3. (Gaj.) s. auch Wetzell, Syst. des Civilpr. §. 10. Note 34. — Ferner l. 31. pr. h. t. 3, 3. s. auch l. 21. §. 2. D. de evict. 21, 2. l. 45. §. 5. D. mand. 17, 1.

Klage, welche der siegreiche Gegner des Procurator aus dessen cautio judicatum solvi gegen ihn anstellt. — Endlich ist es auch erklärlich, weshalb in Justinians Compilation jener Stipulation so spärliche Erwähnung geschieht und in einer Weise, die den eigentlichen Inhalt derselben bis zur Unkenntlichkeit verbirgt. Zu Paulus Zeit nämlich muste wahrscheinlich sogar noch der procurator praesentis selber die cautio judicatum solvi bestellen[27]); und folgeweis ging auch die Klage aus dieser Caution gegen ihn[28]). Im justinianeischen Rechte dagegen bestellt der dominus praesens durchweg die Caution für den Procurator[29]), wie denn schon früher im Falle eines Mandates die actio judicati nicht gegen den Procurator, sondern gegen den dominus ertheilt zu werden pflegte[30]). In diesen Fällen bedurfte also der Procurator jener Sicherstellung nicht mehr. Wo aber jemand zwar im Auftrage, aber doch als procurator absentis auftrat, und daher immer noch selber judicatum solvi promittiren muste[31]): da war er regelmäßig gar nicht in der Lage, sich vom dominus die fragliche Sicherstellung zu stipuliren[32]).

Wir sind demnach zu dem Ergebnisse gelangt, daß die Stipulation: Titium heredemque ejus ratum habiturum — in l. 4. §. 1. cit. de V. O. schwerlich auf ein non facere, sondern wahrscheinlich auf ein facere, und zwar ein zweifellos völlig theilbares facere gerichtet sei.

---

27) Vat. Fragm. §. 317., den Zimmern Rechtsgesch. Bd. 3. §. 159. Note 11. und §. 161. Note 20. dem Papinian zuschreibt, der aber nach Th. Mommsens Ausg. der Fragm. eher für einen Ausspruch Ulpians zu halten ist. l. 10. D. jud. solvi. 46, 7. (Modestin.) vgl. übrigens v. Keller, Civilpr. Note 678. Rudorff, Rechtsgesch. Bd. 2. §. 74. Note 8.

Die actio judicati wurde übrigens schon zu Papinians Zeit caussa cognita gegen den dominus eines procurator praesentis gegeben. Vat. Fragm. §. 331. — und zu Ulpians Zeit regelmäßig gegen den dominus im Falle eines Mandates. l. 4. pr. D. de re jud. 42, 1. (Ulp.) s. Wetzell, Syst. §. 9. Note 16.

28) l. 28. i. f. D. de proc. 3, 3. (Ulp.)

29) §. 4. J. de satisd. 4, 11. l. 10. D. cit. jud. solvi. 46, 7.

30) S. Note 27.

31) §. 5. J. de satisdat. 4, 11. vgl. l. 1. §. 3. l. 2. pr. D. de proc. 3, 3.

32) S. l. 5—7. D. de proc. 3, 3. vgl. Schrader ad §. 4. J. de satisdat. v.] praesens. —

(Vielleicht gehört hierher auch l. 10. D. de procurat. 3, 3., insofern der Procurator, dem der dominus praesens jene Caution: se ratum habiturum — nicht leisten wollte, einfach die Uebernahme des Processes weigern konnte.)

Beilage II.

Zur Interpretation der l. 4. §. 1. D. de V. O. 45, 1. (§. Cato.)

(Zu §. 17. S. 129.) *)

I.

(Paullus lib. 12. ad Sabinum.)

Cato libro 15. scribit, poena certae pecuniae promissa, si quid aliter factum sit, mortuo promissore, si ex pluribus heredibus [1]) unus contra quam [2]) cautum sit [3]), fecerit: aut ab omnibus heredibus [4]) poenam committi pro portione [5]) hereditaria, aut ab uno pro portione [6]) sua. Ab omnibus, si id factum, de quo cautum est, individuum sit: veluti iter fieri vel non fieri [7]): quia

*) Laelius Taurellus, ad Catonem et Paullum. (hinter Ant. Augustini Emendatt. libr. IV. Basil. 1544. fol. p. 248—54., auch in Otto, Thes. Ed. sec. Tom. IV. col. 1623—31.) — Detlev. Langebekii Annotatt. cap. XXXVII. (zuerst Hamburg 1564; mir bekannt aus Otto, Thes. Ed. sec. Tom. I. col. 574. sqq.) — Charondas, ad Tit. de V. O. Scholia. ad h. l. (Otto, Thes. Tom. I. col. 813. sq.) — Ant. Faber, Conjecturarum libri XX. Lugd. 1661. fol. Lib. III. Cap. VII. ad §. Cato 4. D. de verb. obl. nova conjectura. p. 57. sqq.

1) Lael. Taurell. liest statt heredibus — ejus.

2) quod statt quam lesen z. B. folgende Ausgaben der hiesigen Bibliothek: Venet. 1477. opera ac impensa Nicolai Jenson Gallici und zwei Ausg. s. l. e. a. (deren eine die oben in §. 12 Note 4 erwähnte ist).

3) Die Worte: mortuo — sit fehlen in der Hdschr. der hies. Bibliothek, welche an dieser Stelle überhaupt etwas nachlässig geschrieben ist, wie mehrere kleine Originalcorrecturen von Schreibfehlern bezeugen.

4) In der Hdschr. der hies. Bibl. ist über das Wort heredibus geschrieben: promissoris.

5) Baro ad h. l. (Opp. III. p. 161.) bemerkt am Rande: alias, tantum pro.

6) Baro das. bemerkt am Rande: alias, tantum pro. — Langebek liest: aut ab uno tantum pro portione sua.

7) vel non fieri setzen hinzu z. B. die Ausg. Venet. 1477. cit. — de Ragazonibus (?) s. l. e. a. — Venet. 1483. impensa Johānis antonij de Papia. — Venet. 1487. per Baptistam de tortis. — Venet. 1507. per Baptistam de Tortis. — Venet. 1489. arte et impensis Andree calabreñ. de papia. — Lugd. 1506. per magrm̄. Nicolaum de benedictis. — Lugd. 1523. Opera Francisci fradin impressoris. — die beiden angeführten s. l. e. a. — Nach Gebauer auch der Cod. Rehdiger.

quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videretur[8]. At si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti amplius non agi: tum[9]) eum heredem, qui adversus ea fecit[10]), pro portione sua solum poenam committere[11]). Differentiae hanc esse rationem, quod in priore casu omnes commisisse[12]) videntur[13]), quod nisi in solidum peccari[14]) non poterit[14a]), ut in illa stipulatione[15]), per te non fieri, neque per heredem tuum[16]), quominus mihi ire agere liceat. Sed videamus, ne[17]) non[17a]) idem hic[18]) sit, sed magis idem, quod in illa stipulatione, Titium heredemque ejus ratum habiturum[19])? Nam hac stipulatione et

---

8) Haloander: videatur. — Videtur liest z. B. die Ausg. Venet. 1483.

9) alias: tunc, z. B. Venet. 1483. 1489. die Hdschr. der hies. Bibl.

10) Hal., Langebek: fecerit. So auch z. B. Venet. 1483. 1489, u. s. w.

11) Hal., die Ausg. Venet. 1477. cit. Basil. 1541. und die aufgeführten namenlosen Ausg. schalten hier ein: et.

12) Die Ausg. Florent. 1553. liest: commississe. Ebenso Lael. Taurell.

13) Hal. videantur.

14) praestari lesen die citt. Ausg. Venet. 1437. 1507. Lugd. 1523. In dem Exemplare der Ausg. Venet. 1489. auf hiesiger Bibliothek scheint es in den Druck hineincorrigirt zu sein.

14a) Baro ad h. l. bemerkt die Variante poterat; es lieset so Laelius Taurellus und Langebek. — Haloander: potuerit, was auch Giphan. Lect. Altorph. ad h. l. Nr. 9. befolgt.

15) So lesen z. B. die Ausg. de Ragazon. — Venet. 1477. - 1483. — 1487. — 1489. — 1507. — Lugd. 1506. — 1523. — und die beiden s. l. e. a. citt. — Langebek und nach Gebauer auch der Cod. Rehdig. — Die Handschr. der hies. Bibl. liest: ut in illa stipulationē. per te pp. — Die Lesart bei Haloander und in der Ausg. Florent. 1553. in officina Laurentii Torrentini (Torellische Ausg.) ist: illam stipulationem. Haloander bemerkt aber am Rande: alias, praestari non potuerit, ut in illa stipulatione.

16) Die Worte: neque per heredem tuum — setzen hinzu die Ausg. Venet. 1477. — 1483. — 1487. — 1489. — Lugd. 1506. — 1523. — de Ragazon. und die beiden s. l. e. a. citt. — nach Gebauer auch der Cod. Rehdiger.

17) v. Vangerow, Lehrb. Bd. 3. §. 567. S. 12. lieset: an statt ne.

17a) Die Glosse bemerkt, es komme auch die Lesart vor: ne idem pp. Ebenso auch Alciat. ad v. Paulus resp.]

18) Die Ausg. Venet. 1483. cit. lieset statt hic — id.

19) Die Ausg. de Ragazon. — Venet. 1477. 1483. 1487. 1489. 1507. — Lugd. 1506. 1523. — Paris. 1566. und die beiden Ausg. s. l. e. a. citt.

solus tenebitur, qui non habuerit ratum, et solus aget, a quo fuerit petitum. idque et Marcello videtur; quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest[20]).

II.

Bei weitem die meiste Schwierigkeit haben die Interpreten dieser Stelle von jeher darin gefunden, das Verhältniß zu ermitteln, in welchem die eigne Meinung des Paullus stehe zu der von ihm referirten Meinung des Cato, oder etwa zu derjenigen des Sabinus, dessen libri tres de jure civili Paullus in der Schrift commentirt hatte, aus deren 12. Buche unser Fragment entnommen ist. Das entscheidende Gewicht für diese Frage liegt in den Worten: Sed videamus, ne non 2c. Und deren Deutung ist es daher, was uns zuerst beschäftigen soll.

Was zunächst die sprachliche Bedeutung der Redensart: videre, ne —, videre ne non — anbelangt, so dürfte es nach der gründlichen Untersuchung von Duarenus[21]) als ausgemacht zu betrachten sein, daß dieselbe etwa dahingehe: „bemerken, sehen, wahrnehmen oder dergleichen, daß — daß nicht."

Duarenus giebt als Belege hierfür aus der nichtjuristischen Literatur

Cicero, de Off. I; 9. §. 28. (videndum est, ne non —). Tuscul. I; 34. §. 83. (vide, ne —).

Wir können noch hinzufügen:

Tuscul. II; 18. §§. 42. 43. (sit ne — nec ne — viderint; — vide, ne non —) III; 6. §. 13. (Sed videamus, ne —). de divin. II; 4. §. 12. (vide, ne nulla sit divinatio.) — pro Rosc. Am. 48. §. 140. (videant, ne turpe — sit.)

Aus den Pandekten führt Duarenus an

---

schalten hier ein: Et Paullus respondit non idem esse. Nach Gebauer hat dies auch der Cod. Rehd., doch mit der Abweichung: non esse idem; und diese Abweichung hat auch Langebek. Die Handschr. der hies. Bibl. hat im Texte: r̄i oder rn, an den Rand ist dazu geschrieben mit andrer Hand: Paulus. — Charondas, ad vers. sed videamus (Otto, Thes. I. col. 814.) bezeugt ähnlich, einige Handschriften zu kennen, welche ursprünglich läsen: Et respondi pp., in margine aber dazu bemerkten: Paulus.

20) Hal. possit. —

Vgl. im ganzen die Gebauersche Ausg.

21) Disputationum annivers. lib. II. cap. XI. s. auch Detl. Langebekii Annott. cap. VIII. (Otto. Thes. Ed. sec. Tom. I. col. 552. sqq.)

für videre, ne

von Gajus l. 30. pr. de pact. 2, 14. l. 26. de aedil. edict. 21, 1. l. 18. pr. commod. 13, 6. — von Julian l. 1. de serv. leg. 33, 3. l. 3. §. 2. de collat. bon. 37, 6. — von Ulpian l. 11. §. 12. quod vi aut clam. 43, 24. l. 8. §. 10. de inoff. test. 5, 2. — von Paullus l. 13. pr. de instr. leg. 33, 7. l. 18. de usu et hab. 7, 8. l. 56. de pec. 15, 1. l. 18. §. 5. de damn. inf. 39, 2. l. 6. de fid. lib. 40, 5. l. 65. §. 2. de acq. rer. dom. 41, 1. — und von verschiedenen anderen Juristen l. 55. eod. l. 59. §. 6. de hered. instit. 28, 5. l. 40. §. 2. de condit. et demonstr. 35, 1.

Wir fügen hinzu

l. 39. §. 1. de H. P. 5, 3. von Gajus; l. 67. §. 5. de furt. 47, 2. von Celsus; l. 16. §. 2. de evict. 21, 2. von Pomponius; l. 9. pr. de neg. gest. 3, 5. von Scävola; l. 3. §. 3. de lib. leg. 34, 3. und l. 7. §. 1. commod. 13, 6. von Ulpian; l. 31. §. 1. de R. Cr. 12, 1. von Paullus; —

für videre, ne non u. s. w.

von Paullus l. 43. de H. P. 5, 3. l. 2. §. 2. de praet. stipp. 46, 5. l. 10. de eo, quod certo loco. 13, 4.[22]).

Wir fügen hinzu

gleichfalls von Paullus Vat. fragm. §§. 49. 55. und l. 42. med. D. de A. E. et V. 19, 1. ferner l. 7. §. 1. D. in quib. causs. pign. vel hyp. 20, 2. von Pomponius und l. 8. D. loc. 19, 2. von Tryphonius, (Vat. fragm. §. 120. von Ulpian), —

eine Anzahl von Belegen, die sich gewiß noch erheblich vermehren ließe.

Man bedient sich der Redensart videre ꝛc. insbesondere, um mit einer gewissen Zurückhaltung eine Meinung hinzustellen, welche man selber zwar als durchaus richtig erachtet, gegen welche sich aber denkbarerweise Zweifel erheben ließen, oder welche einer bereits geäußerten Ansicht entgegentritt[23]). Wir geben daher das videre ꝛc.

---

[22]) In l. 57. §. 1. de evict. 21, 2. und l. 5. si fam. furt. 47, 6., welche Duaren ferner citirt, heißt es videre, num oder an; — und in l. 24. §. 2. de lib. caussa. 40, 12. findet sich nach der gewöhnlichen Lesart videre ꝛc. — überhaupt nicht.

[23]) Donell. ad l. 4. §. 1. cit. Nr. 9. „non dubitationem habere, sed affirmationem, perindeque valere, ac si dictum esset: sed non est idem." Cujac. ad l. 2 sqq. h. t. v. Item si in facto].

vielleicht am passendsten wieder, indem wir den Inhalt der damit eingeleiteten Meinung durch ein „dürfte, — möchte“ oder dergl. etwas subjectiv halten.

Bisweilen wird, wie erwähnt, allerdings mit einem: Sed videamus, ne — videndum, ne — ꝛc. ein Einwurf angezeigt, welchen der Redende gegen die bereits ausgesprochene Ansicht eines Dritten erhebt. So geschieht es z. B. in l. 65. §. 2. de acq. rer. dom., l. 1. de serv. leg., l. 40. §. 2. de condit. et demonstr., — in l. 13. pr. de instr. leg. und l. 43. de H. P. citt. In den drei ersten Stellen wird auch derjenige genannt, der jenen Einwurf erhebt, und obendrein ist ein notat, inquit — entweder ausdrücklich hinzugefügt oder leicht zu ergänzen. In den beiden andern Stellen aber erhellt es wenigstens aus dem Zusammenhange, daß Paullus mit dem sed videndum seine Berichtigung eines ältern Juristen beginne.

Nöthig ist jedoch keinesweges, daß unser videre ꝛc. eine von der Meinung eines Dritten abweichende Meinung des Redenden einführe. Auch wenn jemand in subjectivem Tone etwas äußern will, was als Schlußfolgerung, Modification, Limitation seiner eignen Behauptung erscheinen soll, kann er sich der Wendungen: videamus, vide, videndum igitur, — tamen, — sed videamus ꝛc. bedienen.

Es ist also nach den Worten durchaus nicht geboten, die Bemerkung: Sed videamus pp. im §. Cato dem Paullus zuzuschreiben. Nach den Worten kann jene Bemerkung vielmehr ebensowohl noch ein Theil seines Referates aus dem 15. Buche Catos sein. Freilich würde dies voraussetzen, daß Paullus in denselben von der referirenden indirecten Redeweise abgewichen sei, worin er seinen Bericht begonnen hat. Allein ein solches Uebergehen aus der indirecten in die directe Rede hat im Latein der Pandektenjuristen an sich nichts Auffallendes [23a]). Es findet sich zudem schon im vorhergehenden Satze, der ganz zweifellos noch Referat ist. Denn, während hier die indirecte Rede verlangen würde: videantur, — was Haloander wahrscheinlich nur als streng grammatische Conjectur aufgenommen hat, — lesen in der That sämmtliche uns bekannte Ausgaben, außer der Haloanderschen, und wahrscheinlich auch die Handschriften: videntur.

Wenn aber die Worte es zulassen, so erfordert es der Sinn des

23a) S. auch de Scheurl, l. c. p. 26. sqq.

Zusammenhanges, wenigstens den allgemeinen Inhalt des mit Sed videamus — beginnenden Satzes dem Cato beizulegen. Cato nämlich will auseinandersetzen, weshalb eine untheilbare Bedingung anders wirke, als eine theilbare. Mit den Worten: in priore casu hat er von der untheilbaren Bedingung gehandelt; er muß also, um seine Erörterung abzuschließen, nothwendig noch auf die theilbare Bedingung zu reden kommen[23b]). Und dafür ist jener Satz der einzige Ort.

Das hic ist demnach im Gegensatze zu dem: in priore casu, also von der zuvor an letzter Stelle erwähnten Stipulation: amplius non agi — zu verstehen[24]).

III.

Betrachten wir jetzt der Reihe nach die Worte, womit der §. Cato den Gegensatz theilbarer und untheilbarer Bedingungen für Poenalstipulationen zu erläutern versucht.

Die Florentina liest hier:

> Differentiae hanc esse rationem, quod in priore casu omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari non poterit, illam stipulationem: per te non fieri neque per heredem tuum, quominus mihi ire agere liceat.

Baro[25]) und Cujacius[26]) erklären nach dieser Lesart die Stelle so, daß daraus etwa folgender Sinn sich ergäbe:

> „Der Grund dieses Unterschiedes liegt darin, daß im erstern Falle alle die poena verwirken, weil jene Stipulation: per te non fieri pp. — nur im ganzen verletzt werden kann.“

Mit Recht wird indessen eine solche Beziehung der einzelnen

23b) Ant. Faber c. l. Nr. 12. meint freilich, Cato habe dies unterlassen können, weil sich das: non videntur omnes commisisse für die Stipulation: amplius non agi — aus dem Vorhergehenden und aus dem Gegensatze der Stipulation: iter fieri — von selbst ergebe. Aehnlich Giphan. c. l. Nr. 10.

24) So Eguin. Baro ad h. l. v. hic] Opp. III. p. 163. Molinaeus, l. c. P. I. Nr. 40. Cujac. ad l. 2. sqq. h. t. v. Item si in facto]. de Scheurl, l. c. p. 27. — Gerade die Beziehung dieses hic hat die abweichendsten Auffassungen erfahren. Vgl. Giphan. Lect. Altorph. ad h. l. Nris. 11 —23. p. 737 sqq.

25) ad h. l. p. 162. vv. quod] und illum stipp.]

26) ad l. 2. sqq. h. t. citt. v. Item si in facto].

Wörter als sprachlich durchaus unzulässig verworfen[27]). Denn nicht nur, daß der Ausdruck: peccare stipulationem unerhört ist[28]); — selbst wenn er denkbar wäre, ließe sich doch nicht sagen: peccari illam stipulationem.

Vielleicht die einzige Weise, der Lesart der Florentina überhaupt einen annehmbaren Sinn abzugewinnen, ist diejenige, welche Lälius Taurellus[29]) vorgeschlagen hat, und welcher von ältern Juristen z. B. Duarenus[30]) und Donellus[31]), von neuern z. B. von Scheurl[32]) und von Vangerow[33]) gefolgt sind. Hiernach wären die Worte: quod nisi — poterit — als Parenthese zu betrachten und das commisisse unmittelbar auf illam stipulationem zu beziehen, so daß der ganze Satz etwa hieße:

> „Für diese Verschiedenheit ist dies der Grund, weil im erstern Falle (weil hiergegen ein Verstoß überhaupt nur in solidum möglich ist) alle so betrachtet werden, als hätten sie jene Stipulation: per te pp. — verletzt."

Auch gegen diese Auffassung jedoch läst sich gewiß mit vollem Gewichte geltend machen, was Giphanius[34]) dagegen vorgebracht hat. Erstens wäre es außerordentlich hart, in so naher Folge zweimal quod im Sinne von quia zu gebrauchen. — Sodann ist der Ausdruck: in priore casu — auf die ganze Classe untheilbarer Bedingungen so gut wie auf das besondere Beispiel davon zu beziehen und deutet eben an, daß der Jurist nicht auf dieses Beispiel zurückzukommen beabsichtige. Er past daher nicht recht zu der wiederholten ausführlichern Angabe des gebrauchten Beispiels. Um so weniger,

---

27) S. z. B. Alciat. Comm. ad h. l. v. ut in illa stipulatione]. — Donell. ad h. l. Nr. 8. Ant. Faber c. l. Nr. 8. Giphan. c. l. Nr. 10.

28) Daß Cicero in paradox. 3. cap. 2. sagt: Multa peccari — (Baro c. l.) beweist hierfür nichts. Am ehesten könnte man sich noch berufen auf Plautus, Bacchid. 3; 3. v. 29., wo es heist: unam syllabam peccare. — Multa, eadem, aliquid, nihil peccare und dergl. findet sich vielfach, z. B. Cic. de nat. deor. 1; 12. §§. 29, 31. ad Att. 3. 15. pro Mur. c. 29. §. 60. — Terent. Adelph. 1; 2. v. 44. Ovid. Heroid. ep. 16. v. 295. Gell. N. A. 2. 23. §. 13. u. s. w.

29) c. l. ad v. At si de eo cautum pp.]

30) ad h. l. v. Differentiae hanc].

31) ad h. l. Nris 7. 8.

32) c. l. p. 29. sq. Er giebt jedoch der Meinung des Giphanius (s. unten zu Note 34.) den Vorzug.

33) Lehrb. Bd. 3. §. 567. Anm. 2. sub I. 3. S. 12 f.

34) Lect. Altorph. ad h. l. p. 736. sqq. Nris 9. 10.

können wir hinzufügen, als in dem entsprechenden zweiten Theile der Deduction eine derartige Angabe des Beispieles durchaus fehlt, welches vorhin für den posterior casus gebraucht ist, ja letzterer selbst nur mit hîc bezeichnet wird. — Und endlich, möchten wir noch bemerken, würde nach dieser Auffassung das eigentlich schlagende Argument ganz nebenbei vorgetragen, und statt einer Begründung, weshalb eine untheilbare Bedingung ungetheilt auf alle Erben des Schuldners bezogen werde, in der That nur gesagt: die Verletzung des Versprechens: iter fieri — wirke gegen alle Erben, weil sie gegen alle wirke.

Siphanius seinerseits schlägt deshalb vor, die Worte: illam stipulationem — liceat — als spätern Zusatz zu betrachten. In der That läst sich auch nicht leugnen, daß dieselben ganz und gar fehlen könnten, ohne daß dadurch dem Sinne und dem Zusammenhange der Stelle Abbruch geschähe. Dennoch will es uns nicht eben ganz glaublich erscheinen, daß jene Worte, wie die Florentina sie lieset, in unsere Stelle eingeschoben sein sollten. Hätte nämlich der Zweck eines derartigen Zusatzes kein anderer sein können, als der, den Sinn der Stelle klarer zu machen, so wären jene Worte gewiß recht ungeschickt gewählt. Jedenfalls hätte man wenigstens dafür Sorge tragen müssen, durch geeignete Partikeln einen äußerlichen Zusammenhang zwischen dem Zusatze und dem Contexte herzustellen.

Deshalb meinen wir unter allen Umständen statt der Lesart der Florentina:

illam stipulationem —

die Lesart aufnehmen zu müssen:

ut in illa stipulatione.

Ihre Beglaubigung findet diese Lesart in verschiedenen Handschriften[35]) und in einer Menge alter Ausgaben, welche ohne Zweifel der handschriftlichen Grundlagen nicht entbehren[36]).

Wir wollen es jedoch nicht sogleich versuchen, nach dieser Lesart den bisher besprochenen Theil des §. Cato zu erklären. Es scheint uns nämlich zweckmäßiger, zuvor über den folgenden Satz uns zu ver-

---

[35]) Solche bezeugt Alciat. Opp. Francof. 1617. fol. Tom. II. col. 232. adh. l. v. ut in illa stipp.]: Sic habent antiqui recentioresque codices. Auch Ant. Faber bezeugt eine solche Handschrift. l. c. Nr. 11. Gebauer führt dafür den Cod. Rehdiger an. Ebenso ist die Göttinger Hdschr. wohl hierher zu zählen. S. oben sub I. Note 15.

[36]) S. sub I. Note 15.

ständigen, aus dem wir vielleicht rückwärts Licht für das gewinnen werden, was wir einstweilen auf sich beruhen lassen.

> Sed videamus, ne non idem hîc sit, sed magis idem, quod in illa stipulatione: Titium heredemque ejus ratum habiturum.

Wie bereits bemerkt, hat der Jurist mit den Worten: in priore casu — von der untheilbaren Bedingung einer Strafstipulation gesprochen und geht mit dem Worte hîc zur Besprechung einer theilbaren Strafbedingung über. Aber während er die eigenthümlichen Verhältnisse jener erstern Classe von Bedingungen wenigstens zunächst mit einem in der Sache liegenden Grunde zu erklären versucht hat, erläutert er die Wirkung der theilbaren Bedingung ausschließlich durch eine Analogie. Mag er nun bei dem hîc die ganze Classe theilbarer Strafbedingungen, oder mag er insbesondere das vorhin von ihm für diese Classe gebrauchte Beispiel: amplius (non) agi — im Sinne haben —: so viel liegt wohl auf der Hand, daß er das Beispiel für die erläuternde Analogie nicht wiederum aus der Classe der theilbaren Strafbedingungen nehmen kann. Das hieße idem per idem erklären. Es muß mithin zwischen den Poenalstipulationen mit theilbarer Bedingung und derjenigen Stipulation, welche mit diesen in Parallele gesetzt wird, nämlich: Titium pp. — ratum habiturum — ein formeller Unterschied stattfinden. Und ein solcher Unterschied kann nur darin bestehen, daß jene Stipulation nicht als Poenalstipulation gedacht ist, sondern als einfaches Versprechen[37]. — Daß diejenigen Interpreten, welche das hîc nicht auf unsre theilbaren Strafbedingungen, sondern auf irgend etwas Andres bezogen, diese Bemerkung nicht gemacht haben, ist natürlich. Cujacius dagegen, der dem hîc die richtige Beziehung gegeben hat, hätte sie machen müssen[38].

Halten wir das fest, daß die hier zur Erläuterung herbeigezogene

---

[37] Nehmen wir als Inhalt dieses Versprechens an, was wir in Beilage I. als solchen wahrscheinlich zu machen versucht haben, so ist die Behauptung im Texte noch aus dem andern Grunde nothwendig, weil dann die Bedingung: si ratum non habueris pp. in der That sich nicht unter die Erben des Promissor theilt.

[38] Vgl. auch de Scheurl l. c. p. 27. — Auch wenn die Stipulation: Titium pp. alltäglich vorgekommen und deshalb sehr bekannt gewesen wäre, hätte der Jurist sie nicht als Analogie für theilbare Strafbedingungen wählen dürfen, falls er sie selber mit einem Poenalversprechen dachte. Es kömmt ihm ja nicht darauf an, den besondern Inhalt der Stipulation: amplius pp. zu erläutern, sondern den allgemeinen Charakter theilbarer Strafbedingungen.

Stipulation als einfache Obligation zu denken sei, so wird uns nunmehr der vorhergehende Satz in unsrer Lesart keinerlei Schwierigkeit mehr bieten. Denn auch dort werden wir jetzt in der Stipulation: per te pp. eine Obligation erblicken, die, als formell von den untheilbaren Strafbedingungen verschieden, zur Erläuterung von deren Behandlung dienen soll.

Und dieser Vergleich der ohne Poenalversprechen abgeschlossenen Stipulation: per te non fieri pp. — mit dem sub poena gegebenen Versprechen einer untheilbaren Leistung muß um so bedeutungsvoller erscheinen, wenn man sich erinnert, daß Paullus kurz zuvor von jener Stipulation mit Rücksicht auf das Verhältniß mehrerer Erben des Schuldners geredet hatte [39]). Ein ganz besonderes Gewicht vollends würden wir jenem Hinweise dann beizumessen haben, wenn wir mit Gewißheit annehmen dürften, daß in einem, von den Compilatoren uns vorenthaltenen, Satze Paullus über die Stipulation: per te pp. etwas Aehnliches gesagt habe, wie uns von Ulpianen die l. 3. §. 1. h. t. überliefert. Der hier für die Untheilbarkeit jener Stipulation angegebne Grund: interest stipulatoris, a nemine prohiberi — stimmt aufs genaueste mit demjenigen Grunde zusammen, der im §. Cato für die ungetheilte Beziehung des in conditione versprochenen iter fieri in den Worten ausgedrückt erscheint: omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari non poterit.

Somit dürfte denn der schwierigste Satz unsrer Stelle auf einen klaren Sinn zurückgeführt sein.

IV.

Es bleibt danach noch übrig, einige unbedeutende Abweichungen zu rechtfertigen, die wir uns von der jetzt herrschenden Lesart erlaubt haben. Es sind im ganzen folgende zwei:

1) Wir lesen:

iter fieri vel non fieri —,

während die gewöhnliche Lesart nur hat:

iter fieri [40]).

Ueber die Bedeutung der Worte: iter fieri ist man ziemlich einig [41]). Dieselben bezeichnen nach der weitaus herrschenden Meinung

---

39) l. 2. §. 5. h. t.

40) So hat auch die Florentina. vgl. oben sub I. Note 7.

41) A. M. de Scheurl, l. c. p. 29. sq. v. Si id factum pp.], der iter

das principale Versprechen, die Ausübung einer Wegegerechtigkeit zu gestatten, m. a. W. also, diese Ausübung nicht zu verhindern.

Freilich wüßten wir außer der vorliegenden keine Stelle anzugeben, in welcher iter fieri in dem angegebnen Sinne vorkäme. Iter facere heißt sonst in den Quellen entweder einen Marsch, eine Reise machen, einen Weg benutzen, gehen [42]). Und damit hängt zusammen die Redensart: iter fit für: es findet Passage statt, es führt der Weg, die Straße her [43]). Oder aber iter facere heißt einen Weg herrichten, pflastern und dergl. [44]). Allein es ist klar, daß keine dieser Bedeutungen in den Zusammenhang des §. Cato paßt. Zwar bezeichnen sie alle ein an sich untheilbares Handeln; aber es hat nicht den geringsten Sinn, bei einer von ihnen von dem contra facere eines der mehreren dazu Verpflichteten zu reden [45]). Demnach bleibt die angegebene Bedeutung die einzige, welche in unserer Stelle erträglich erscheint. Und so nehmen wir dieselbe, nach dem Vorgange so vieler Auctoritäten, getrost als die richtige an. Es wäre mithin das Versprechen: iter fieri an sich gleichbedeutend mit dem andern: per te non fieri, quominus mihi ire liceat [46]). Wem dieser Ausdruck hierfür kurz und dunkel vorkommen sollte, der mag solche Kürze und Dunkelheit immerhin entweder mit der knappen Sprache eines alten Juristen, wie Cato es war, oder

---

fieri vulgari sensu — für ire nimmt, so daß danach der Promissor sich verpflichtete, bei Strafe nicht über das Grundstück des Stipulator zu gehen. Allein dann müßte es ohne Frage heißen: iter non fieri, wie für das gleichfalls sub poena gegebene Versprechen, nicht zu klagen, gesagt ist: amplius non agi.

42) Z. B. l. 3. pr. D. de V. S. 50, 16. l. 3. §. 12. D. de re mil. 49, 16. l. 9. §. 4. D. ad leg. Aquil. 9, 2. l. 1. §. 7. D. de it. act. q. pr. 43, 19. vgl. auch l. 23. D. quemadm. servitt. 8, 6. l. 27. §. 2. D. ad municip. 50, 1.

43) Z. B. l. 31. D. ad leg. Aquil. 9, 2. l. 1. pr. §. 2. l. 6. pr. §. 1. D. de his, qui effud. 9, 3. u. s. w.

44) Z. B. l. 10. D. de servitt. 8, 1. l. 3. §. 15. D. de it. act. q. pr. 43, 19. — Diese Bedeutung scheint anzunehmen Brinz, Krit. Blätter. Hft. 4. S. 48.

45) S. Eguin. Baro ad h. l. c. l. p. 162. ad v. Iter fieri]. Lael. Taurell. c. l. ad v. Ab omnibus — Iter fieri].

46) Vgl. etwa Gaj. II. §. 31. — de Scheurl l. c. p. 25. — S. auch l. 111. l. 130. l. 131. pr. D. de V. O. u. s. w.

Eine civile Wegegerechtigkeit bestellen heißt: iter constituere — l. 5. pr. D. de servitt. 8, 1. oder iter dare. — l. 19. D. de S. Pr. R. 8, 3. S. Cujac. ad l. 2. v. Item si in facto]. vgl. Giphan. l. c. Nris 7. 9. p. 736.

damit sich erklären, daß Paullus die Worte dieses alten Schriftstellers gewissermaßen nur im Auszuge, andeutungsweise vortrage[47]).

Wenn dem aber so ist, so muß das von uns aufgenommene: vel non fieri wohl bedeuten: die Ausübung einer Wegegerechtigkeit unterlassen. Wir haben uns also denjenigen, der verspricht: iter non fieri — als den Inhaber eines servitutberechtigten Grundstückes oder wenigstens als den Inhaber eines solchen Grundstückes zu denken, welchem kraft magistratischen Schutzes die Ausübung einer Wegegerechtigkeit zusteht[48]).

Jener Zusatz nun könnte ohne Aenderung des Gesammtsinnes völlig fehlen. Wir halten ihn jedoch für echt, weil sich in der That nicht erklärt, wie man auf ihn gerathen sein sollte, während es leicht begreiflich ist, daß er ausgelassen worden.

2) Aehnlich ist es mit dem weiter von uns aufgenommenen Zusatze:

neque per heredem tuum

bei der Stipulation: per te non fieri, quominus pp.[49]). Auch er könnte, unbeschadet des Sinnes, fehlen. Daß man ihn daher ohne handschriftlichen Grund aufgenommen haben sollte, ist nicht wahrscheinlich. Höchst erklärlich jedoch, daß man ihn weggelassen, um so mehr, da er in der entsprechenden Stipulation: iter fieri — fehlt[50]).

3) Als eingeschoben dagegen stellen sich die Worte dar:

Et Paullus respondit, non idem esse[51]).

Sie sind nichts weiter, als ein Versuch, den unverstandenen Zusammenhang des §. Cato zu erläutern, insbesondere zu dem Bedenken, das Paullus in den Worten: Sed videamus pp. vermeintlich aufgeworfen, die sonst fehlende Antwort zu ergänzen[52]). Die Handschrift der hiesigen Bibliothek läßt denn den Zusatz auch deutlich genug erkennen. Selbst das r̄n̄., das allerdings im Contexte steht, könnte

---

47) S. Molin. l. c. P. III. Nr. 515. p. 272. — Giphan. Nr. 7. cit. — S. auch v. Vangerow. Lehrb. Bd. 3. §. 567. S. 13.

48) So auch z. B. Alciat. ad h. l. ad v. vel non fieri]. Lael. Taurell. l. c. ad v. Vel non fieri]. Dieser verwirft übrigens diesen Zusatz, weil er in der Florentina fehlt. Aehnlich auch Molin. P. III. Nr. 516.

49) S. oben sub I. Note 16.

50) Vgl. etwa auch §. 17. Note 24.

51) S. oben sub I. Note 19.

52) Vgl. den Eingang der Nr. II. dieser Beilage.

sehr wohl später eingeschaltet sein. Und ähnlich mag es sich mit den von Charondas erwähnten Handschriften verhalten[53].

Im übrigen sind wir der gängigen Lesart treu geblieben.

V.

Endlich wollen wir noch ein paar Worte hinzufügen über den Schluß des §. Cato. Des bessern Zusammenhanges wegen nehmen wir hier den vorhergehenden Satz noch einmal mit auf.

> Sed videamus, ne non idem hîc sit, sed magis idem, quod in illa stipulatione, Titium heredemque ejus ratum habiturum. Nam hac stipulatione et solus tenebitur, qui non habuerit ratum, et solus aget, a quo fuerit petitum. idque et Marcello videtur. quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest.

Geht man, mit der allgemeinen Ansicht, von der Annahme aus, daß die hier erörterte Stipulation de rato sub poena abgeschlossen sei, so bieten die Worte: quamvis ipse dominus ꝛc. keinerlei Schwierigkeit. Sie bezeugen dann die wahre Thatsache, daß der Promissor selber bei theilweisem Eintritte der Strafbedingung die ganze Strafe auch in dem Falle verwirke, in welchem diese Bedingung unter seine Erben sich theilen würde[54].

Wir theilen, wie bemerkt, (oben Nr. III.) jene Annahme nicht, und müssen deshalb den angeführten Worten einen andern Sinn abzugewinnen suchen.

Ein solcher dünkt uns nicht schwer zu finden. Es ist der bekannte Satz, daß der Gläubiger sich Theilzahlungen einer unbestrittenen Schuldforderung nicht braucht gefallen zu lassen[55].

Dieser Satz erscheint gerade hier nicht ohne Bedeutung, sobald wir die Stipulation de rato in dem von uns (Beilage I. a. E.) erörterten Sinne auffassen. Der Procurator kann danach aus dieser Stipulation vom dominus verlangen, daß letzterer die Leistung der summa judicati übernehme. Dem obsiegenden Gläubiger dagegen bleibt der Procurator selbst ex judicato verhaftet. Falls er also die

---

53) S. noch Molin. P I. (§. Et harum.) Nr. 40. i. f. p. 106.

54) S. oben §. 17. Note 6.

55) S. l. 41. §. 1. D. de usur. 22, 1. (l. 9. Cod. de solutt. 8, 43.) — l. 13. §. 8. D. de A. E. et V. 19, 1. l. 22. D. de H. v. A. V. 18, 4. — Puchta, Pand. §. 239. Note a. Fr. Mommsen, Mora. §. 15. S. 147 ff.

Judicatssumme nicht innerhalb des tempus legitimum zu erschwingen vermag, sieht er sich der Gefahr ausgesetzt, daß der Gläubiger zwangsweise gegen ihn vorschreite. Dies geschieht entweder, indem der Gläubiger direct die Execution gegen ihn erwirkt[56]), oder auf einem Umwege dadurch, daß der Gläubiger sich ex satisdatione judicatum solvi an die Fidejussoren hält, denen dann der Procurator regreßpflichtig wird. — Um die hieraus entspringenden Nachtheile zu vermeiden bringt der verurtheilte Procurator gewiß oft gegen schwere Zinsen das Geld zusammen, dessen er zur Befriedigung des Gläubigers bedarf. — Hat aber der dominus den Procurator für alle die Nachtheile schadlos zu halten, welche diesen in der einen oder andern Weise infolge des Judicates treffen, so fällt die Frage sicherlich ins Gewicht: ob der dominus dadurch, daß er dem Procurator zu einem Theile die Judicatssumme anbietet, sich zu diesem Theile von jener Pflicht der Schadloshaltung zu befreien vermag. Der einzelne von mehreren Erben des dominus hat seiner Verpflichtung gegen den Procurator vollständig genügt, sobald er diesem denjenigen Theil der Judicatssumme rechtzeitig ausbezahlt hat, der auf seinen Erbantheil kömmt. Der säumige Erbe hingegen wird dem Procurator für das ganze Interesse einzustehen haben, das demselben aus dieser Säumigkeit erwachsen ist. Und so muß auch der dominus selber ganz und gar dafür einstehen, ohne Rücksicht darauf, daß er dem Procurator einen Theil der Leistung angeboten hat, durch deren ungetheilte Erfüllung er sich völlig liberirt haben würde.

Hiermit erledigen sich denn wohl von selbst alle die Scrupel, die man bei Gelegenheit des §. Cato aufgeworfen hat rücksichtlich der Frage: ob eine theilweise Ratihabition möglich sei. —

Aber selbst, wenn man unsre Deutung der Stipulation: Titium heredemque ejus ratum habiturum — im §. Cato nicht billigen sollte, dürfte man in jenem Ausspruche: ipse dominus pro parte ratum habere non potest — nichts Bedenkliches finden. Namentlich liegt hierin kein Widerspruch mit der l. 17. und l. 18. D. rat. rem. 46, 8.[57]) Diese beiden Stellen behandeln nämlich die Frage,

---

[56]) Im spätern Rechte kam dazu die Gefahr, die usurae rei judicatae zu 24., seit Justinian zu 12% schuldig zu werden. — l. 1. Cod. Theod. h. t. 4, 19. l. 1. 2. Cod. Just. 7, 54. — S. Bayer, Civilpr. §. 338. S. 1120 f.

[57]) Vgl. Donell. ad h. l. Nr. 16. i. f. — Auch Schirmer, Judicialstipp. S. 185. Note 1. — Vgl. allenfalls auch Beckhaus, über die Ratihabition der

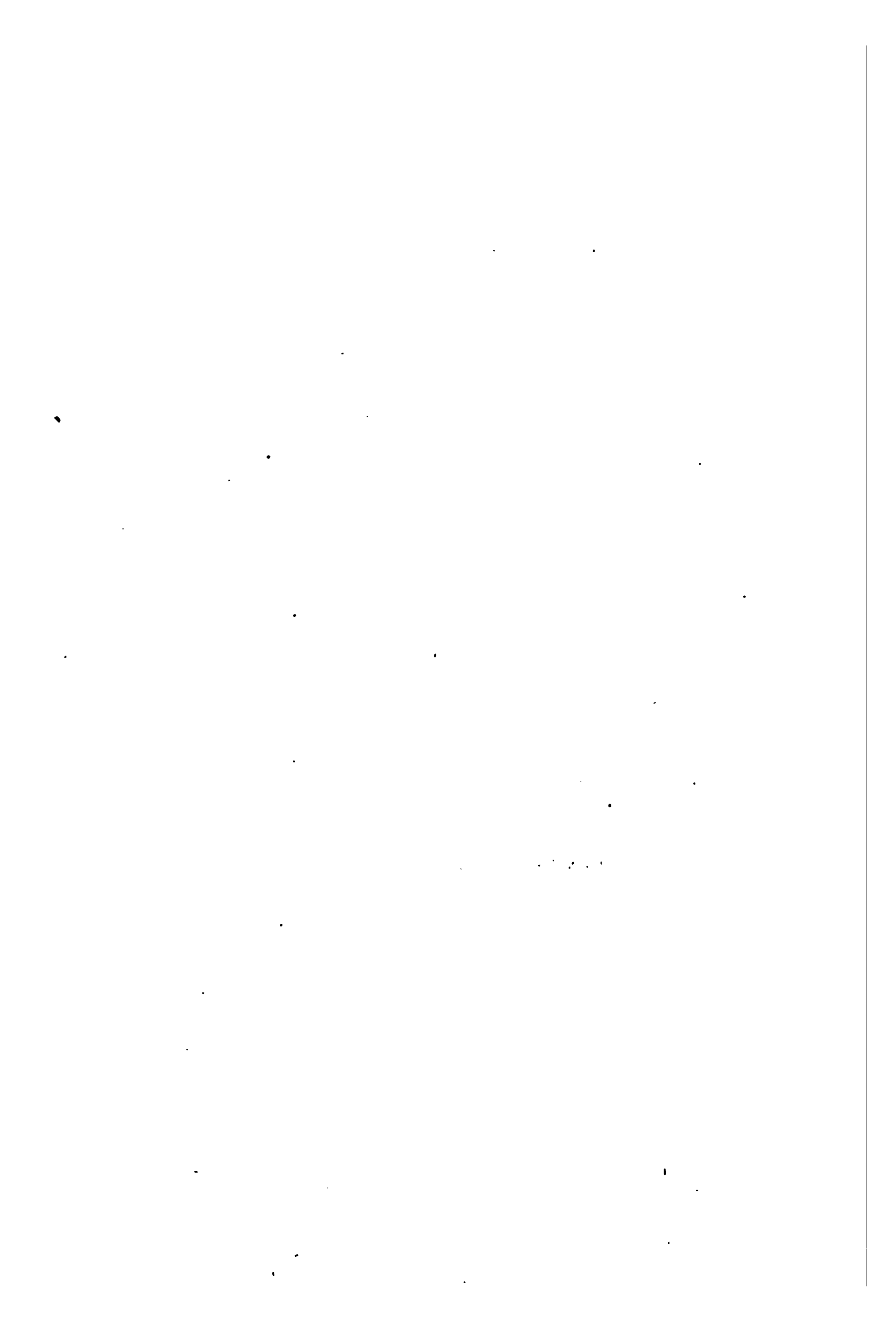
wie weit der Procurator seinerseits seinem Gegner aus der cautio de rato verpflichtet wird, wenn der dominus nur zum Theile ratihabirt. Wie hierin also die Untersuchung gar nicht berührt wird, ob der Procurator unter Umständen den dominus zwingen könne, in solidum zu ratihabiren: so bleibt auch die Entscheidung völlig aus dem Spiele, welche nach der herrschenden Auffassung die in Rede stehenden Worte des §. Cato geben. Diese Entscheidung bezieht sich danach auf eine Stipulation, kraft deren der dominus dem Gegner seines Procurator die Ratihabition versprochen hat, und besagt demnach eben nur, daß der Stipulator sich eine blos theilweise Ratihabition nicht brauche gefallen zu lassen. Man hat deshalb in der That nicht nöthig, zur Ausgleichung eines vermeintlichen Widerspruches anzunehmen, daß die stipulatio de rato im §. Cato sub certa poena eingegangen sei.

Nur dann, wenn man annehmen will, daß auch die stipulatio de rato des §. Cato zwischen dem Procurator und dessen Gegner eingegangen sei, würde man allerdings etwa ein solches Auskunftsmittel suchen müssen, um den Widerspruch zu vermeiden, der offenbar zwischen dieser und den beiden andern Stellen vorläge, falls in ihnen allen von Stipulationen derselben Form gesprochen würde. Aber jene Annahme ist nach dem ganzen Zusammenhange des §. Cato an sich unzulässig[58]). —

Der Ausdruck: ipse dominus endlich im Gegensatze zu: domini heredes findet ein zweifelloses Analogon in l. 8. §. 2. D. de pign. act. 13, 7. (Pompon.), wo: ipse debitor entgegengesetzt ist dem: unus ex heredibus debitoris.

Rechtsgeschäfte. Bonn 1859. §. 7. S. 37 ff. — S. etwa noch l. 16. D. de adm. et per. tut. 26, 7.

58) Vgl. etwa Molinaeus, P. II. Nris 564. sqq. p. 197. sq. P. III. Nr. 520. p. 272. sq. u. s. w. — S. Beil. I. Note 2.



Berichtigungen.

S. 25. Z. 12. v. o. ist statt de legatis I. zu lesen II.
S. 82. Z. 2. v. u. ist statt §. 22 Note 14 zu lesen Note 10.
S. 87. Z. 2. v. u. ist statt §. 33 zu Note 35 zu lesen zu Note 15 ff.
S. 93. Z. 15. v. u. ist statt l. 13. Cod. 8, 13. zu lesen 8, 38.
S. 97. Z. 2. v. u. ist statt l. 69. zu lesen l. 69. D. de V. O. 45, 1.
S. 170. Z. 2. v. u. ist statt Nro. 112. zu lesen Nov. 112.
S. 178. Z. 8. v. u. ist statt Paull. R. S. I; 17, 2 zu lesen II; 17, 2.
S. 189. Z. 7. v. u. ist statt l. 3. §. 15. D. commod. zu lesen l. 5. §. 15.
S. 229. Z. 5. v. u. ist statt l. 3. 4. pr. D. 50, 8 zu lesen l. 3. pr.
S. 237. Z. 6. v. u. ist statt l. 3. §. 13. D. commod. zu lesen l. 3. §. 3.
S. 254. Z. 1. v. u. ist statt l. 22. ad leg. Falcid. zu lesen l. 23.





